Nº10

Noviembre 2019
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X

Revista Ecuatoriana de Arbitraje



Adriana Orellana Ubidia
Alegría Jijón Andrade
Andrés Chugá Porras
Andrés Larrea Savinovich
Antonio José Pérez
César Coronel Jones
Fernando Bajaña Tovar
Flavia Mange
Isabel Núñez Patiño
Juan David Vicuña Matovalle
Juan Martín Alarcón Peralta
Leonardo Coronel Larrea
María Soledad Peña Plaza
María Gabriela Rivadeneira Chacón




Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

No. 10



Quito - Ecuador

2019

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

La Revista Ecuatoriana de Arbitraje (REA) nace en el año 2009 paralelamente con el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La Revista constituye la consolidación del objetivo del IEA, promocionar y desarrollar la práctica del arbitraje en el Ecuador. De esta manera, se realiza una publicación anual con aportes de exponentes tanto nacionales como internacionales. Actualmente contamos con diez números disponibles.

Para más información:
- La versión digital puede ser encontrada en: https://iea.ec/publicaciones/revista-9/
- La guía de autores está disponible en: http://iea.ec/pdfs/GUIA_ESTILO_REA.pdf

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
Av. Naciones Unidas y Núñez de Vela, Ed. Metropolitan, Oficina 1107.
Telf.: 02 395 9590
E-mail. coordinador@iea.ec; revista@iea.ec

Portada
Idea: Paulina German

Revisión y Corrección Ortográfica
Natalia Barona & Eugenia Silva, Ediciones Legales

Diseño editorial y Diagramación:



Impresión: IMPRESORESMYL
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X
Edición: Quito, 2019
Tirada: 300 ejemplares


BY NC SA

CONTENIDO

1.

Presentación

Presentación

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (“IEA”) se complace en presentar el décimo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (“REA”), con el que ratifica su compromiso de fomentar el estudio y el desarrollo del arbitraje en el foro ecuatoriano.

Este número de la REA cuenta con una sección monográfica, sobre la relación del arbitraje y las cortes, y una sección de ensayos libres. La sección monográfica contiene dos artículos. En el primero, Flavia Mange analiza los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de Brasil en materia de arbitraje. En el segundo, Juan David Vicuña Matovelle expone la experiencia de Azuay respecto a la alternabilidad del arbitraje a través del análisis de acciones constitucionales.

La sección de ensayos libres cuenta con contribuciones tan variadas como interesantes. Fernando Bajaña Tovar propone un modelo prescriptivo para el problema de la corrección en el arbitraje en equidad. Andrés Chugá Porras explica sobre la arbitrabilidad de las patentes de invención. César Coronel Jones expone sobre la relación entre la interpretación contractual y las controversias sometidas a arbitraje. Por su parte, Leonardo Coronel Larrea e Isabel Núñez Patiño presentan a la transigibilidad como un criterio inadecuado para delimitar la arbitrabilidad. Alegría Jijón Andrade y Adriana Orellana Ubidia analizan la propuesta sobre la ejecución de laudos anulados en relación con el principio de cortesía internacional. Andrés Larrea Savinovich y Juan Martín Alarcón Peralta explican si las medidas reparatorias no pecuniarias ordenadas en un arbitraje de inversión afectan a la soberanía estatal. A continuación, María Soledad Peña analiza el laudo de Burlington c. Ecuador como una decisión histórica

en materia de reconvenciones ambientales. Antonio José Pérez presenta un interesante artículo sobre el arbitraje en derecho público ecuatoriano. Finalmente, Gabriela Rivadeneira Chacón expone sobre la cláusula de la nación más favorecida y si esta viola el consentimiento de un Estado receptor de una inversión para someterse a arbitraje.

El IEA desea agradecer a todos los autores que participan en este número. Sus contribuciones permiten que la REA continúe siendo un referente local y un aporte imprescindible para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador. Debemos también un agradecimiento muy sincero a los auspiciantes: Andrade Veloz Abogados, Bustamante & Bustamante, Cabezas, Wray & Albán Abogados, Carmigniani Pérez Abogados, Dechert LLP, Laudenlaw y Pérez Bustamante & Ponce, sin cuya generosidad no podríamos realizar estas publicaciones.

Javier Jaramillo Troya

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Oswaldo Santos Dávalos

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Xavier Andrade Cadena

Presidente
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Hugo García Larriva

Director Ejecutivo
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje



Equipo de arbitraje y litigio complejo

Av. República 396 y Diego de Almagro. Edificio FORUM 300, Of. 504. Quito, Ecuador
Tel: (+593 2) 250 8039 / 250 8040 / 254 8477

firm@andradeveloz.com
www.andradeveloz.com

andrade-veloz-abogados
AndradeVelozA

2. Sección

Monográfica

La relación entre el arbitraje y las cortes

15 años de desarrollos legislativos y jurisprudenciales en Brasil

*Flavia Mange**

Recibido/Received: 04/07/2019
Aceptado/Accepted: 12/07/2019

Resumen: Brasil actualmente posee un cuadro regulatorio favorable al arbitraje comercial, con una legislación adecuada a los niveles internacionales y una posición jurisprudencial favorable al arbitraje. Pese a que Brasil no ha ratificado la Convención de Washington y que no tiene Acuerdos Bilaterales de Inversión en los modelos internacionales que prevalecen actualmente, el arbitraje que involucra entes

---

* Socia de Mange & Gabbay Socieda de de Advogados en São Paulo, Brasil. Máster y Ph.D. en Derecho Internacional por la Universidade de São Paulo. LL.M. en International Legal Studies por New York University. Visiting Researcher de Harvard Law School, 2011. ICC YAF Representative (2018-2019). Correo electrónico: flavia.mange@jmgadv.com.br

F. Mange, "15 años de desarrollos legislativos y jurisprudenciales en Brasil", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* 2019, pp. 17-41.



ISSN: 2600-5611/e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649/rea1001

públicos está expresamente regulado por ley y utilizado por la administración pública en los grandes contratos, incluso incorporando a inversores extranjeros.

Palabras Clave: arbitraje, Brasil, jurisprudencia, administración pública.

15 years of legislative and jurisprudential development in Brazil

Abstract: Currently, Brazil presents a favorable regulatory framework regarding commercial arbitration, inasmuch as its legislation is adequate to international levels and its caselaw is arbitration friendly. Although Brazil did not ratify the Washington Convention nor has signed any Bilateral Investment Treaties in accordance with the international models currently available, arbitration with public administration is expressly regulated by law and Brazilian public administration often resorts to arbitration in complex contracts, including the ones involving foreign investors.

Keywords: Arbitration, Brazil, caselaw, public administration.

1. Marcos reguladores

La Ley de Arbitraje brasileña fue promulgada en 1996 (Ley 9.307/1996[1]). Este marco legal posibilitó el reconocimiento de la validez y eficacia de la convención de arbitraje, tanto en la forma de cláusula de arbitraje inserta en un contrato, como de compromiso arbitral. Anteriormente, las cláusulas de arbitraje eran vistas solamente como obligaciones contractuales y, en caso de incumplimiento, sólo podrían generar pérdidas y daños sin la condición de apartar la competencia del Poder Judicial. En ese sentido, la

1. Ley No. 9.307, 23/09/1996, <https://bit.ly/2OIkWsE> (11/07/2019).

Ley de Arbitraje incorpora también el principio *kompetenz-kompetenz* en su artículo 8.

Además de garantizar el efectivo cumplimiento de la convención de arbitraje, la Ley de Arbitraje reconoce también la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley y de las reglas procesales aplicables. Otra novedad fue el fin de la necesidad del doble exequatur para reconocimiento de sentencias extranjeras.

Tras la promulgación de la Ley de Arbitraje, se inició una discusión alrededor de la constitucionalidad de la referida ley, en especial, de la posibilidad de renunciar al derecho de la tutela judicial y a los dispositivos constitucionales que garantizan el acceso a la justicia. La discusión sólo llegó a su fin en 2001, con la declaración de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal (en adelante, STF por sus siglas en portugués) al juzgar la sentencia extranjera No. 5.206 - Reino de España[2]. Esta decisión generó mayor confianza en el instituto, permitiendo la rápida evolución del arbitraje como un método de solución de conflictos tanto para litigios que involucran elementos internacionales, como para litigios complejos puramente nacionales.

En 2002, Brasil ratifica la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, Convención de Nueva York) por medio del Decreto 4.311/2002. Es importante resaltar que los artículos 38 y 39 de la Ley de Arbitraje ya incorporaban los criterios del Artículo V(1) y V(2) de la Convención en la legislación interna. A pesar de que el artículo 34 de la Ley de Arbitraje reconozca la primacía de los tratados internacionales sobre la materia, aún es recurrente a la mención a los dispositivos de la Ley de Arbitraje y no

2. Tribunal Supremo Federal, *SEC No. 5.206-Reino da Espanha,* 12/12/2001.

de la Convención de Nueva York en las decisiones de reconocimiento de sentencia extranjera.

El arbitraje comercial se consolidó en Brasil y, a partir de 2004, diversas legislaciones de sectores regulados con fuerte presencia de la administración pública, como por ejemplo, petróleo, telecomunicaciones, transportes, puertos pasaron a traer dispositivos específicos posibilitando el recurso al arbitraje. Estas legislaciones se analizarán a continuación en el punto 4, sobre administración pública. Entre estas legislaciones, es importante destacar la Ley de Cooperación Público-Privada, Ley 11.079/2004.

En 2015, en el contexto de la reforma del Código Procesal Civil, fue aprobada la Ley 13.129/2015 que alteró algunos dispositivos de la Ley de Arbitraje. Estas alteraciones fueron, en su mayoría, para incorporar entendimientos ya adquiridos por la jurisprudencia y disposiciones de legislaciones específicas. La principal novedad fue la previsión expresa de la posibilidad de la administración pública para utilizar arbitraje[3]. La reforma de la ley también aclaró quién en la administración pública puede celebrar cláusulas de arbitraje, así como la necesidad del juzgamiento de derecho (y no por equidad), y el respeto al principio de la publicidad. En términos procesales, la reforma de la ley aclaró la posibilidad de medidas cautelares antecedentes al arbitraje frente al Poder Judicial, que ya era entendimiento jurisprudencial, e instituyó la "Carta Arbitral" como un mecanismo de comunicación entre árbitros o tribunales arbitrales y el Poder Judicial para medidas de apoyo al arbitraje.

Finalmente, y aún en el contexto de favorecimiento a los métodos privados de solución de controversias, es importante

3. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 1(§1).
Art. 1.- La administración pública directa e indirecta podrá utilizar el arbitraje para dirimir conflictos relativos a los derechos patrimoniales disponibles.

mencionar que a partir de 2015 la mediación judicial se hizo obligatoria con la reforma del Código Procesal Civil y la mediación judicial y privada fue reglamentada e incentivada por la Ley 13.140/2015 (Ley de Mediación). Además de la previsión de mediación judicial obligatoria, la Ley de Mediación hizo obligatoria la realización de una primera reunión con el mediador en caso de la cláusula escalonada *med-arb*, incluso con la imposición de sanción por la no comparecencia con posible responsabilidad de los costos del procedimiento[4].

Cuadro 1. Principales marcos legislativos brasileños y sus innovaciones

Año	Marco	Principal Innovación
1996	Ley de Arbitraje	Reconocimiento de la validez y eficacia de la convención de arbitraje; fin de la necesidad del doble exequatur para el reconocimiento de sentencias extranjeras; e incorporación de los criterios del Artículo V de la Convención de Nueva York en la legislación interna.
2001	Supremo Tribunal Federal (STF), SEC nº 5.206 – España, 12/12/2001	Declaración de constitucionalidad de la Ley de Arbitraje.
2002	Decreto 4.311/2002. Convención de Nueva York	Incorporación de la Convención de Nueva York en el ordenamiento interno.
2015	Reforma de la Ley de Arbitraje	Incorpora entendimientos ya pacificados en la jurisprudencia, en especial sobre la participación de la administración pública en arbitraje.

Fuente: Elaboración de la autora.

4. Traducción libre. Ley No. 13.140/2015, 26/06/2015, Art. 22(§2)(IV).
IV.– La no presentación de la parte invitada a la primera reunión de mediación acarreará la asunción por parte de esta del cincuenta por ciento de las costas y honorarios en el caso de que vaya a ser la vencedora en procedimiento arbitral o judicial posterior, que envuelva el alcance de la mediación para la cual fue invitada.

2. Datos estadísticos

2.1 Número de arbitrajes en Brasil

El número de procedimientos arbitrales en Brasil viene creciendo año a año. Según Selma Lemes, entre 2010 y 2016 hubo un incremento de prácticamente 95% en el número total de procedimientos arbitrales en el país[5]. En el mismo sentido, el Centro de Estudios sobre las Sociedades de Abogados (en adelante, CESA) también realizó en 2016 una investigación compilando los datos de forma detallada de la cantidad de procedimientos administrados en diversas instituciones arbitrales e informaciones adicionales, tales como los valores involucrados[6].

2.2 Datos de arbitrajes que involucran a Brasil en la CCI

En los últimos años Brasil estuvo entre los cinco primeros países en número de partes representadas frente a la CCI, en donde São Paulo aparece como una de las sedes más recurrentes[7].

Esos números se reflejaron en la decisión de la CCI de inaugurar en 2017 su primera oficina en América Latina, con sede en São Paulo y con una secretaría dedicada exclusivamente a los casos brasileños con una lista de costos en Reales. Teniendo en vista el creciente volumen de arbitrajes involucrando apenas partes brasileñas frente a la CCI y el crecimiento de los arbitrajes con la administración pública en Brasil, la inauguración de esta oficina fue muy aclamada por la comunidad arbitral brasileña. La oficina cuenta, también, con un salón de audiencias perfecto para la realización de audiencias.

---

5. Selma Lemes, *Arbitragem em Números e Valores,* <https://bit.ly/2EGXyvT> (11/07/2019).
6. Centro de Estudos das Socedades de Advogados, *Anuário da Arbitragem no Brasil 2016,* <https://bit.ly/32aOBBV> (11/07/2019).
7. International Chamber of Commerce, *ICC Court releases full statistical report for 2017,* <https://bit.ly/2O27mRd> (11/07/2019).

2.3 Investigaciones empíricas sobre el arbitraje en Brasil

El Comité Brasileño de Arbitraje (en adelante, CBAr) realizó dos investigaciones empíricas sobre la percepción del Poder Judicial sobre arbitraje, analizando juzgados de diversos tribunales regionales y de los tribunales superiores. Estas investigaciones se realizaron en el contexto de los marcos de 10 y 20 años de la Ley de Arbitraje y están disponibles en el sitio web del CBAr[8]. Los resultados de estos análisis mostraron que el Poder Judicial brasileño ha sido favorable al arbitraje, respetado a la autonomía de las partes y actuado de forma colaborativa con los tribunales arbitrales.

3. Evolución de la jurisprudencia

Este ítem busca resaltar la posición de la jurisprudencia referente a los principales temas relacionados al arbitraje. Se ha privilegiado la jurisprudencia de los tribunales superiores que consolidan el entendimiento. En general, el Poder Judicial brasileño se ha posicionado de forma favorable al arbitraje, a pesar de que existan algunos casos aislados de decisiones de instancias inferiores en sentido contrario. Muchos de estos casos excepcionales tratan de arbitraje en relaciones de consumo o franquicia, en las cuales hay una parte más fuerte y una imposición de la cláusula de arbitraje. Por otro lado, el Poder Judicial brasileño ya se enfrentó y se mostró favorable al arbitraje en casos involucrando materia en bancarrota y relación de inversión en acciones de empresa abierta como será tratado a continuación.

Es importante resaltar que los principales Estados, tales como São Paulo y Río de Janeiro, tienen varas de 1º grado y cámaras específicas en los tribunales de 2º grado

---

8. Estas investigaciones están disponibles en: <www.cbar.org.br> (11/07/2019).

para tratar de la temática del arbitraje, lo que garantiza una mejor comprensión del instituto por los magistrados, que se pueden especializar en el tema, más allá de la jurisprudencia coherente.

3.1 Eficacia de la convención de arbitraje

La Ley de Arbitraje reconoce la plena eficacia de la convención de arbitraje, ya sea en la forma de cláusula de arbitraje o sea de compromiso arbitral[9]. El artículo 485 del Código Procesal Civil también es claro al disponer que el juez no resolverá el mérito de la disputa en la existencia de convención de arbitraje[10].

El poder judicial ha reconocido la existencia de convenciones de arbitraje como óbice a la apreciación de la disputa por el poder estatal. En ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia (en adelante, STJ por sus siglas en portugués) tuvo la oportunidad de manifestarse en el caso *Inepar c. Itiquira*[11]. Esta decisión resalta que la cláusula de arbitraje es suficiente para la instauración del arbitraje, no siendo necesario firmar un compromiso arbitral y reafirmando la eficacia de la cláusula de arbitraje. En ese sentido, es importante recalcar el voto de la Min. Nancy Andrighi: "La cláusula compromisoria 'llena' incluida en contratos queda en estado latente, operando sus efectos prácticos en la instalación del juicio arbitral [...] frente del efectivo surgimiento de la controversia"[12].

---

9. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 3.
   "Art. 3.- Las partes interesadas pueden someter la solución de sus litigios al juicio arbitral mediante la convención de arbitraje, como así es entendida la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral".
10. Traducción libre. Código de Proceso Civil, Art. 485.
    "El Juez no resolverá el mérito cuando: […] VII.- Acoger la alegación de existencia de convención de arbitraje o cuando el juicio arbitral reconozca su competencia […]".
11. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1.389.763-PR,* Min. Nancy Andrighi, 12/11/2013.
12. Traducción libre. Ibídem.

3.2 *Kompetenz-kompetenz*

La Ley de Arbitraje reconoce el principio *kompetenz-kompetenz* en su artículo 8, párrafo único[13], que ha sido respetado por el Poder Judicial al diferir al juicio arbitral la primacía en el análisis de la validez de la cláusula de arbitraje y materia objeto del arbitraje.

En ese sentido, es importante resaltar el precedente del STJ en el cual se discutía la validez del contrato en el cual la cláusula compromisoria se inserta por falsedad en la firma de los referidos contratos en el caso *Kreditanstalt fur Wiederaufbau c. Cia. de Generación Térmica de Energía Eléctrica*[14]. En este caso, pese a que hubiese un laudo técnico de la Policía Federal confirmando la falsedad de las firmas, el STJ entendió que cabe al tribunal arbitral analizar cualquier vicio en la formación del contrato que contiene la cláusula de arbitraje. En ese sentido es el resumen del juzgado:

> RECURSO ESPECIAL. ACCIÓN DECLARATORIA DE FALSEDAD ACUMULADA CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS. CONTRATOS, EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA. FIRMA. FALSEDAD. ALEGACIÓN. *CONVENCIÓN DE ARBITRAJE. CLÁUSULA COMPROMISORIA. COMPETENCIA. JUICIO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ.* 1. Se cierra la controversia *a definir si el juicio estatal es competente para procesar y juzgar la acción declaratoria que dio origen al presente recurso especial teniendo en cuenta la existencia de la cláusula arbitral en los contratos objeto de la demanda. 2. La previsión contractual de convención de arbitraje ofrece el reconocimiento de la competencia del Juicio arbitral para decidir con primacía sobre el Poder Judicial las cuestiones sobre la existencia, validez y eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria.*

---

13. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 8.
"Art. 8.- El árbitro decidirá de oficio, o por provocación de las partes, las cuestiones sobre la existencia, validez y eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria".
14. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1.550.260,* Rel. Min. Sanseverino, 12/12/2017.

> *3. La consecuencia de la existencia del compromiso arbitral es la extinción del proceso sin resolución de mérito*, con base en el artículo 267, inciso VII, del Código de Proceso Civil de 1973.
> 4. Recurso especial provisto (énfasis añadido)[15].

Por otro lado, el principio *kompetenz-kompetenz* fue mitigado en casos excepcionales, en los cuales la cláusula compromisoria es patológica y, por lo tanto, el Poder Judicial decidió intervenir. Tal entendimiento ocurre en contratos de adhesión o de franquicia, en los cuales la parte adherente a menudo es la más fuerte y no tiene conciencia ni comprensión de los efectos de la cláusula de arbitraje. Las excepcionalidades de estos casos fueron resaltadas por la Min. Nancy Andrighi al juzgar el caso *Odontología Noroeste Ltda. c. Grupo Odontológico Unificado Franchising*[16]. En este caso, la Min. Andrighi mitigó el principio *kompetenz-kompetenz* tomando en consideración las particularidades del caso, del contrato de adhesión, la aplicación del CDC y resaltó: "El Poder Judicial puede, en los casos en que prima facie es identificado un compromiso arbitral "patológico", *i.e.*, claramente ilegal, declarar la nulidad de esa cláusula, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento arbitral"[17].

---

15. Traducción libre. Ibídem.
16. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1602076/SP,* Rel. Min. Nancy Andrighi, 15/09/2016, DJe 30/09/2016.
    Según enmienda: "RECURSO ESPECIAL. DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUICIA. CONTRATO DE ADHESIÓN. ARBITRAJE. REQUISITO DE VALIDAD DEL ART. 4º, § 2º, DE LA LEY 9.307/96. INCUMPLIMIENTO. RECONOCIMIENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISORIA "PATOLÓGICA". ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL. POSIBILIDAD. NULIDAD RECONOCIDA. RECURSO PROVISTO. 1. Recurso especial interpuesto el 07/04/2015 y redistribuido a este gabinete el 25/08/2016. 2. El contrato de franquicia, por su naturaleza, no está sujeto a las reglas de protección previstas en el CDC, pues no hay relación de consumo, pero de fomento económico. 3. Todos los contratos de adhesión, inclusive aquellos que no consubstancian relaciones de consumo, como los contratos de franquicia, deben observar lo dispuesto en el art. 4º, § 2º, de la Ley 9.307/96. 4. El Poder Judicial puede, en los casos en que prima facie sea identificado un compromiso arbitral "patológico", *i.e.*, claramente ilegal, declarar la nulidad de esa cláusula, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento arbitral. 5. Recurso especial conocido y provisto".
17. Ibídem.

3.3 El recurso procesal: "Conflictos de Competencia"

El recurso procesal denominado "Conflicto de Competencia" (en adelante, CC) surgió para solucionar conflictos de competencia entre órganos del Poder Judicial. Sin embargo, recientemente también pasó a ser utilizado por partes que buscan impedir la continuidad del procedimiento arbitral por medio del inicio de acciones en el Poder Judicial y, posteriormente, interponer un CC entre el juicio arbitral y judicial.

Aunque se critique sobre la posibilidad de la utilización de este mecanismo para discutir el conflicto de competencia entre el juicio arbitral y judicial[18], se verifica que el STJ se ha posicionado favorablemente a la admisión de estos conflictos, a pesar de que las decisiones sean favorables a la competencia arbitral y el tribunal sea reticente en conferir medidas para impedir la tramitación del arbitraje[19]. Estos conflictos de competencia también han sido cada vez más utilizados como vía de acceso rápido al STJ, en los casos de medidas judiciales buscando interferir en el avance del procedimiento arbitral.

Se debe destacar al *CC No. 139.519–RJ*, que involucra a Petrobras y a la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural y Biocombustible (ANP), y que confirmó la competencia del juicio arbitral[20], y será tratado en la sección § 4.2; y al *CC No. 151.130*, que involucra a Petrobras y la Unión, que reconoció la primacía de la competencia del juicio arbitral para decidir su jurisdicción sobre la Unión y determinó la suspensión de las medidas judiciales en curso que tienen

18. En este sentido, véase Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 113.260/SP,* Rel. Min. Nancy Andrighi, voto del Min. Sidnei Beneti del STJ, 04/07/2011, pp. 13-14; A. C. V. Ladeira, "Conflito de Competência em Matéria de Arbitragem", *Revista Brasileña de Arbitraje*, No. 41, Ene-Mar/2014, p. 60; y C. C. V. Rocha, "Conflicto positivo de competencia entre árbitro y magistrado", *Revista de Arbitraje y Mediación,* No. 34, Ene-Mar./2011, p. 148.
19. Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 113.260/SP,* Min. Rel. Nancy Andrighi, voto disidente del Min. João Octavio Noronha, 07/04/2011.
20. Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 139.519–RJ,* 11/10/2017.

por objeto impedir la Unión de participar del procedimiento arbitral[21].

3.4 Arbitrabilidad

Según el artículo 1 de la Ley de Arbitraje[22], cualquier litigio relativo a los derechos patrimoniales disponibles puede ser solucionado por arbitraje. Los tribunales brasileños interpretan la arbitrabilidad objetiva de manera integral y favorable al arbitraje.

Existe un posicionamiento de los tribunales incluso en el sentido de confirmar la eficacia de las cláusulas de arbitraje en los casos de insolvencia de una de las partes signatarias de la cláusula (precedentes en este sentido son el caso Diagrama del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (en adelante, TJSP)[23] y el ABC *Saúde* del STJ)[24].

El arbitraje relacionado con disputas societarias, incluso entre accionistas, también es muy utilizado en Brasil. Desde el

---

21. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 151.130*, Rel. Min. Nancy Andrighi, 09/05/2018. Véase, en especial, la parte final del dispositivo:
"Fuerte en esas razones, en reconsideración a la decisión de hojas. 663-666 (e-STJ), DEFIERO el pedido de tutela anticipada formulado en la petición inicial para: (i) sobresalir en los términos del art. 955 del CPC/2015, la acción declaratoria de inexistencia de relación jurídica (Proceso Nº 0025090-62.2016.403.6100) en trámite en la 13ª Sala Civil de la Justicia Federal de São Paulo/SP, y el agravo del instrumento Nº 0023155- 51.2016.403.0000, en trámite en el Tercer Grupo del TRF de la 3ª Región; y (ii) suspender la eficacia de la decisión proferida por el TRF de la 3ª Región que impedía la participación de la UNIÓN en el procedimiento arbitral Nº 75/16 en la CAM-BOVESPA. Por último, DETERMINÓ a las partes que este Gabinete sea informado inmediatamente tras la decisión definitiva, por el Tribunal Arbitral, referente a la participación de la UNIÓN FEDERAL en el mencionado procedimiento Nº 75/16 CAM-BOVESPA".
22. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 1.
"Art. 1.- Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles".
23. Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Recurso de Instrumento *No. 531.020-4/3-00, 25/06/2008.*
24. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *MC No. 14.295-SP,* Rel. Min. Nancy Andrighi, 09/06/2008.
"La participación de operadoras de planes privados de asistencia a la salud en liquidación extrajudicial en el procedimiento arbitral, a rigor, no exige la práctica de ningún acto inclinado a concluir negocios pendientes, tampoco a onerar o alienar bienes. El hecho de arbitraje involucrar derechos disponibles no significa que habrá, necesariamente, en el curso del procedimiento arbitral, actos del liquidante que impliquen en la disponibilización de tales derechos".

año 2001, la Ley de Sociedades Anónimas prevé expresamente la posibilidad en el artículo 109, § 3º[25]. Con la reforma de la Ley de Arbitraje, también fue incluido el artículo 136-A en la Ley de Sociedades Anónimas que aclaró que la cláusula de arbitraje inserida en el estatuto social de la compañía vincula a todos los accionistas y garantiza el derecho de retirada al accionista que no esté de acuerdo con la inclusión de la cláusula de arbitraje[26].

En este sentido, la Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA/B3) adoptó como parte de su política de gobernanza corporativa para el acceso al nivel 2 del mercado la adhesión al arbitraje, teniendo en vista que la opción de la empresa en adherir refleja en el grado de transparencia de la empresa y la forma como es vista por el inversor.

En materia societaria merecen destaque los diversos casos involucrando accionistas de la empresa Petrobras que contienen cláusula de arbitraje en su estatuto social. Primeramente, se hace necesario aclarar la existencia de más de un *arbitraje involucrando accionistas minoritarios o grupos de accionistas contra Petrobras* frente a la Cámara de Arbitraje del Mercado de B3[27]. Se trata de un arbitraje con carácter de procedimiento colectivo debido a la participación de múltiples accionistas.

Teniendo en vista la pulverización de las acciones de Petrobras, diversos inversores buscaron al judicial[28]. Aún en la

25. Traducción libre. Ley 6.404 – Lei das sociedades por açoes do Brasil, Art. 109(§3), 15/12/1976. “Art. 109 §3.- El estatuto de la sociedad puede establecer que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas controladores y los accionistas minoritarios, podrán ser solucionadas mediante arbitraje, en los términos en que se lo especifique”.
26. Traducción libre. Ídem, Art. 136(A).
“Art. 136(A).- La aprobación de la inserción de convención de arbitraje en el estatuto social, observado el quórum del art. 136, obliga a todos los accionistas, asegurado al accionista disidente el derecho de retirarse de la compañía mediante el reembolso del valor de sus acciones, en los términos del Art. 45.
§ 1o La convención solamente tendrá eficacia tras el decurso del plazo de 30 (treinta) días, contado desde la publicación del acta de la asamblea general que la aprobó”.
27. Para más información, véase <https://bit.ly/34aqogT> (11/07/2019).
28. Véase, por ejemplo, Corte Federal de Apelaciones, *Apelación No. 500984610.2015.4.04.7201/SC*, Rel. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, 15/12/2016.

sede de tutela anticipada, el STJ ya se manifestó confirmando la participación de la Unión en arbitraje en curso[29]. En los Estados Unidos, el juez Jed Rakoff tuvo la oportunidad de analizar la validez de la cláusula compromisoria inserta en el estatuto social de Petrobras y quien estaría vinculando la misma[30].

En los casos involucrando la administración pública se crearon oportunidades para la discusión sobre la arbitrabilidad de las materias objeto del litigio y serán discutidos en la sección § 4.2 abajo.

3.5 Medidas cautelares

La reforma de la Ley de Arbitraje realizada en 2015 añadió dos artículos tratando sobre el tema de las medidas cautelares o de urgencia. El artículo 22-A trata de las medidas cautelares o de urgencia que se hagan necesarias antes de la institución del arbitraje y pueden ser solicitadas al Poder Judicial, además de aclarar que la eficacia de la medida está condicionada al inicio del arbitraje evitando discusiones sobre los requisitos de enjuiciamiento de la "acción principal" previstos en el Código Procesal Civil[31]. El artículo 22-B aclara que, después que la institución del arbitraje, cabrá a los árbitros el mantenimiento, modificación o revocación de tales medidas[32].

---

29. Tribunal Supremo de Justicia, N. 21.
30. Corte Distrital de Estados Unidos, Estado de Nueva York, *In Re Petrobras Securities Litigation,* 116 F. Supp. 3d 368, 2015.
31. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 22(A).
    "Art. 22(A).- Antes de instituido el arbitraje, las partes podrán recurrir al Poder Judicial para la concesión de medida cautelar o de urgencia.
    Párrafo único. Cesa la eficacia de la medida cautelar o de urgencia si la parte interesada no requiere la institución del arbitraje en el plazo de 30 (treinta) días, contado a partir de la fecha de efectivización de la respectiva decisión".
32. Traducción libre. Ídem, Art. 22(B).
    "Art. 22(B).- Instituido el arbitraje, cabrá a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida cautelar o de urgencia concedida por el Poder Judicial.
    Párrafo único. Estando ya instituido el arbitraje, la medida cautelar o de urgencia será requerida directamente a los árbitros".

Incluso antes de la reforma de la Ley de Arbitraje la cuestión sobre la posibilidad del recurso al Poder Judicial para medidas urgentes antes de la instauración del arbitraje sin implicar en renuncia de la cláusula de arbitraje y la competencia del juicio arbitral para rever y modificar las medidas concedidas por el Poder Judicial ya estaban consolidadas en la jurisprudencia nacional. En ese sentido, fue el juzgado de la Min. Nancy Andrighi en recurso especial 1.297.974:

> La decisión sobre el mérito de la controversia es de prerrogativa del árbitro. A la espera del establecimiento del procedimiento arbitral, o ante la imposibilidad, la competencia es excepcionada y es dada a las partes la posibilidad de acceso a la jurisdicción estatal. Tan pronto como sea posible su instauración, la competencia para juzgamiento del hecho por el Judicial cesa, imponiéndose la devolución del asunto para que el árbitro reevalúe la decisión judicial pronunciada en la medida cautelar, manteniendo, alterando o revocando la respectiva decisión[33].

3.6 Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

Las dos investigaciones empíricas realizadas por el CBAr mostraron una posición favorable a el reconocimiento de sentencias extranjeras por los tribunales superiores, apartando, en especial, alegaciones vagas de ofensa al orden público como una tentativa de impedir el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera.

La investigación de 2007 analizó 28 pedidos de reconocimiento de sentencia extranjera, de los cuales 20 fueron reconocidos, 2 fueron extintos sin juzgamiento de mérito y 6 no fueron reconocidos[34].

---

33. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1.297.974,* Min. Nancy Andrighi, 12/06/2012.
34. F. F. Mange et al, *2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e o Poder Judiciário: Relatorio del tema: Homologação de Sentencia Arbitral Estrangeira,* Comite Brasileiro de Arbitragem, 2008, <https://bit.ly/2NDH62s> (11/07/2019).

La investigación de 2016 analizó 37 pedidos de reconocimiento de sentencia extranjera, de los cuales 28 fueron reconocidos, 3 fueron reconocidos parcialmente, 1 fue extinto sin juzgamiento de mérito y 5 no fueron reconocidos[35].

En ambas investigaciones, se concluye que la mayoría de los casos que no fueron reconocidos la decisión de los tribunales superiores fue técnica y de acuerdo con la legislación vigente. Vicios en la validez de la convención de arbitraje, irregularidades en la citación y sentencia proferida en desacuerdo con la convención de arbitraje fueron los principales motivos que proporcionaron el no reconocimiento.

En este contexto, merecen ser destacados dos casos en los cuales el reconocimiento de la sentencia extranjera fue denegado:

3.6.1 EDF c. Endesa/YPF[36]

Se trata de una sentencia arbitral anulada en Argentina y sometida al STJ para su reconocimiento. El STJ aplicó de manera estricta los dispositivos de la legislación brasileña y de la Convención de Nueva York concluyendo por el no reconocimiento. Aunque correcta la decisión con relación al caso concreto, la decisión trata el tema con rigidez al no posibilitar el reconocimiento de cualquier sentencia anulada en la sede. En este sentido, es el siguiente extracto de la decisión:

35. D. F. Ziade *et al, Arbitragem e o Poder Judiciário: Relatorio del tema: Homologação de Sentencia Arbitral Estrangeira*, 2017, <https://bit.ly/2ZzqbV0> (11/07/2019).
36. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, SEC No. 5.782, Rel. Min. Jorge Mussi, 02/12/2015. Enmienda: "Reconocimiento de sentencia arbitral extranjera contestada. Artículo 34 de la Ley No. 9.307/1996. Incidencia inicial de los tratados internacionales, con eficacia en el ordenamiento jurídico interno. Aplicación de la Ley de Arbitraje en la ausencia de estos. Laudo arbitral anulado en el país de origen, con sentencia judicial transitada en juzgado. Juicio de deliberación. Desabastecimiento del examen de mérito de la sentencia arbitral. Imposibilidad de análisis de la decisión judicial extranjera. Indeferimiento de la pretensión reconocimiento".

> 3. La legislación aplicable a la materia — Convención de Nueva York, Artículo V(1)(y) del Decreto n. 4.311/2002; Convención de Panamá, Artículo 5(1)(e) del Decreto n. 1.902/1996); Ley de Arbitraje Brasileña, Artículo 38, inciso VI, de la Ley n. 9.307/1996; y Protocolo de Las Leñas, Artículo 20(e) del Decreto n. 2.067/1996, todos internalizados en el ordenamiento jurídico brasileño — no deja dudas en relación a la imprescindibilidad de la sentencia extranjera, arbitral o no, haber transitado en juzgado para ser reconocido en esta Corte Superior, comulgando la doctrina patria del mismo entendimiento.

3.6.2 Abengoa c. Ometto[37]

Se trata de pedido de reconocimiento de sentencia arbitral proferida en Nueva York. Tras la sentencia arbitral ser proferida, la parte brasileña (Ometto) cuestionó la parcialidad del árbitro presidente alegando que este dejó de informar que su oficina prestó servicios y recibió honorarios en un asunto no relacionado de otra compañía del grupo Abengoa. Esta discusión fue llevada al Judicial en Nueva York que concluyó por la imparcialidad del árbitro y mantuvo la rigidez de la sentencia arbitral. En sede de reconocimiento de la sentencia extranjera en Brasil, Ometto se opuso al reconocimiento, alegando ofensa al orden público en recurrencia de la imparcialidad del árbitro presidente. En este caso, el STJ entendió que, excepcionalmente, podría reexaminar el mérito y analizó la parcialidad del árbitro en arbitraje con sede en el exterior con base en los criterios exigidos por la legislación

---

37. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, SEC No. 9.412, Rel. Min. João Octavio Noronha, 19/04/2017.
Enmienda: "Reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. Apreciación del mérito. Imposibilidad, salvo si se configura ofensa al orden público. Alegación de parcialidad del árbitro. Presupuesto de validez de la decisión. Acción anulatoria propuesta en el estado americano donde fue instaurado el tribunal arbitral. Vinculación del STJ a la decisión de la justicia americana. No ocurrencia. Existencia de relación acreedor/deudor entre bufett de abogacía del árbitro presidente y el grupo económico integrado por una de las partes. Hipótesis objetiva posible de comprometer la intención del árbitro. Relación de negocios, sea anterior, futura o en curso, directa o indirecta, entre árbitro y una de las partes. Deber de revelación. Inobservancia. Quiebre de confianza fiducial. Sospecha. Valor de la indemnización. Previsión de la aplicación del derecho brasileño. Juzgamiento fuera de los límites de la convención. Imposibilidad".

nacional a los árbitros, como se puede observar en el siguiente extracto de la enmienda:

> 1. El procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera no autoriza el reexamen del mérito de la decisión reconocida, excepcionadas las hipótesis en que se configure afronta a la soberanía nacional o al orden público. Dado el carácter indeterminado de tales conceptos, para no subvertir el papel de reconocimiento del STJ, se debe interpretarlos de modo a repeler solamente aquellos actos y efectos jurídicos absolutamente incompatibles con el sistema jurídico brasileño.
>
> 2. La prerrogativa de la imparcialidad del juzgador es una de las garantías que resultan del postulado del debido proceso legal, materia que no precluye y es aplicable al arbitraje, merced de su naturaleza jurisdiccional. La inobservancia de esa prerrogativa ofende, directamente, el orden público nacional, razón por la cual la decisión proferida por la Justicia alienígena, a la luz de su propia legislación, no impide el examen de la materia por el STJ.
>
> 3. Ofende el orden público nacional la sentencia arbitral emanada de árbitro que tenga, con las partes o con el litigio, algunas de las relaciones que caracterizan los casos de impedimento o sospecha de los jueces (arts. 14 y 32, II, da Ley n. 9.307/1996)[38].

Por otro lado, diversas otras sentencias arbitrales extranjeras fueron reconocidas por el STJ. El STJ ya enfrentó casos en los cuales la sentencia arbitral no estaba fundamentada o tenía fundamentación sucinta[39]. En estos casos, el STJ privilegió la ley del lugar donde la sentencia fue proferida, reconociendo y ejecutando sentencias arbitrales con poca fundamentación si de acuerdo con las reglas del lugar del pronunciamiento de la sentencia.

---

38. Traducción libre. Ibídem.
39. En este sentido, véase, *Newedge c. Manoel Fernando Garcia,* SEC n. 5692-EX, Rel. Min. Ari Pargendler, 20/08/2014; y *Kanematsu c. ATS*, SEC n. 885-EX, Rel. Min. Francisco Falcão, 18/04/2012.

4. Arbitraje involucrando a la administración pública e inversiones extranjeras

Brasil no hace parte del sistema del CIRDI / ICSID, no firmó la Convención de Washington y tampoco ratificó los Acuerdos Bilaterales de Inversiones. Por otro lado, la participación de la administración pública en arbitrajes institucionales, tanto nacionales como internacionales, es posible y hay previsión legal en diversas legislaciones dispersas, así como en la Ley de Arbitraje, tras la reforma de 2015.

Recientemente Brasil firmó algunos Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (en adelante, ACFI). Pero, a pesar de eso, estos acuerdos no prevén arbitraje de inversiones en los modelos que actualmente predominan en el ámbito internacional.

4.1. Legislación específica

Con la reforma de la Ley de Arbitraje en 2015, fueron añadidos algunos dispositivos que hicieron aún más evidente la posibilidad de que entes de la administración pública directa e indirecta utilicen el arbitraje[40]. La reforma de la ley también aclaró quién en la administración pública puede celebrar cláusulas de arbitraje, así como la necesidad del juzgamiento de derecho (y no por equidad) y al respecto del principio de la publicidad.

Antes de eso, algunas legislaciones ya preveían la posibilidad de recurso al arbitraje como método de solución de conflictos. Las principales legislaciones que contienen dispositivos expresos sobre este tema son:

40. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 1(1).
"Art. 1(1).- La administración pública directa e indirecta podrá utilizar el arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles".

(i) Ley de Cooperación Público-Privada (en adelante, Ley de PPP, por sus siglas en portugués), Ley No. 11.079/2004;

> Art. 11. El instrumento convocatorio contendrá una minuta del contrato, indicará expresamente la sumisión de la licitación a las normas de esta ley y observará, en lo que le corresponda, los §§ 3º y 4º del art. 15, los arts. 18, 19 y 21 de la Ley No. 8.987, del 13 de febrero de 1995, pudiendo aún prever: [...].
>
> III – el empleo de los mecanismos privados de resolución de disputas, incluso el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley No. 9.307, del 23 de setiembre de 1996, para dirimir conflictos decurrentes o relacionados al contrato[41].

(ii) Ley de Concesiones, Ley No. 11.196/2005;

> Art. 23-A. El contrato de concesión podrá prever el empleo de mecanismos privados para la resolución de disputas decurrentes o relacionadas al contrato, incluso el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley No. 9.307/96, del 23 de setiembre de 1996[42].

(iii) Ley del Petróleo, Ley No. 9.478/95, art. 43-X;

(iv) Ley de las Telecomunicaciones, Ley No. 9.472/97, art. 93, XV;

(v) Ley de Transportes por Carretera, Ley No. 11.442/2007, art. 19; y

(vi) Ley de los Puertos, Ley No. 12.815/2013, arts. 37 y 62.

Algunas de esas legislaciones, como la Ley de PPP, traen algunos requisitos adicionales como la necesidad del arbitraje ser realizado en Brasil y en portugués.

Recientemente Estados y Municipios también promulgaron legislaciones que disponen sobre su participación en arbitrajes, como por ejemplo el Decreto del Estado de Río de Janeiro, Decreto No. 46.245, del 19 de febrero de 2018.

41. Ley No. 11.079/2004, 30/12/2004.
42. Ley No. 11.196/2005, 21/11/2005.

4.2. Casos emblemáticos que involucran a la administración pública

La evolución de la jurisprudencia ha sido positiva en lo que se refiere a la posibilidad de la Administración Pública ser parte en los arbitrajes. Los tribunales superiores se han mostrado favorables, a pesar de que aún existen algunos casos con jurisprudencia negativa de las instancias inferiores.

Incluso antes de la reforma de la Ley de Arbitraje, el STJ ya se había manifestado sobre la validez de la cláusula de arbitraje pactada por la sociedad de economía mixta. El *leading case* en este contexto fue el caso *CEEE c. AES Uruguaiana*[43]. La empresa AES Uruguaiana realizó una licitación internacional en la modalidad competencia internacional teniendo por objeto la adquisición de potencia y energía eléctrica, quedando expresamente consignada en el respectivo contrato la cláusula compromisoria previendo que eventuales litigios de ellos decurrentes, ya sea en lo que se refiere a la modificación o rescisión de la retribución, o incluso en la impugnación de los pagos, serían dirimidos por medio del juicio arbitral. Posteriormente, AES recorrió al Poder Judicial cuestionando la validez de la cláusula compromisoria. CEEE requiere la extinción del proceso sin juzgamiento de mérito en decurrencia de la cláusula compromisoria, a tenor de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 de la Ley 9.307/1996; 267, VII, del CPC y 4 del

43. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, Recurso *Especial No. 612.439-RS,* Rel. Min. João Otavio Noronha, 25/10/2015.
Enmienda: PROCESO CIVIL. JUICIO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISORIA. EXTINCIÓN DEL PROCESO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. DERECHOS DISPONIBLES. 1. Cláusula compromisoria es el acto por medio del cual las partes contratantes formalizan su deseo de someter al arbitraje eventuales divergencias o litigios pasibles de ocurrir a lo largo de la ejecución de la contratación. Efectuado el ajuste, que solo puede ocurrir en hipótesis involucrando derechos disponibles, quedan los contratantes vinculados a la solución extrajudicial de la pendencia. 2. La elección de la cláusula compromisoria es causa de extinción del proceso sin juzgamiento de mérito, en los términos del art. 267, inciso VII, del Código de Proceso Civil. 3. Son válidos y eficaces los contratos firmados por las sociedades de economía mixta exploradoras de actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios (CF, art. 173, § 1º) que estipulen cláusula compromisoria sometiendo al arbitraje eventuales litigios decurrentes del ajuste. 4. Recurso especial provisto.

Reglamento de la CCI. En el mismo sentido, en el Mandato de Seguridad involucrando la *Terminal Multimodal de Coroa Grande c. Nuclebrás (Nuclep)*[44], el STJ afirmó que los entes públicos no están renunciando al interés público al elegir el arbitraje como método de solución de conflictos.

Recientemente el STJ tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el tema y solucionar el embrollo existente en recurrencia de diversas decisiones del Tribunal Regional Federal (en adelante, TRF) de la 2a región en el sentido de suspender el arbitraje en curso[45]. Se trata del caso entre la *Agencia Nacional de Petróleo, Gas y Biocombustible (ANP) y Petrobras*, en el cual se discutía la división de campos de petróleo y ANP alega que la pretensión de Petrobras está fuera del alcance de la cláusula de arbitraje. En sede de Conflicto de Competencia entre el TRT de la 2ª región y el juicio arbitral[46], el STJ confirmó la competencia del juicio arbitral para decidir la cuestión y que el control por el Poder Judicial debería ser apenas a *posteriori*[47]. Vale destacar el siguiente extracto de la enmienda del juzgado que aclara la posición del STJ:

---

44. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *MS No. 11.308/DF, 09/04/2008.*
    Enmienda: ADMINISTRATIVO. MANDATO DE SEGURIDAD. PERMISO DE ÁREA PORTUARIA. CELEBRACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA. JUICIO ARBITRAL. SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. POSIBILIDAD. 1. La sociedad de economía mixta, cuando engendra vínculo de naturaleza disponible, encartado en la misma cláusula compromisoria de sumisión del litigio al Juicio Arbitral, no puede pretender ejercer poderes de supremacía contractual previstos en la Ley 8.666/93. Al optar por el arbitraje el contratante público no está transigiendo con el interés público, ni renunciando a los instrumentos de defensa de los intereses públicos. Está, sí, eligiendo una forma más expedita, o un medio más hábil, para la defensa del interés público. Así como el juez, en el procedimiento judicial debe ser imparcial, también el árbitro debe decidir con imparcialidad, el interés público no se confunde con el mero interés de la Administración o de la Hacienda Pública; el interés público está en la correcta aplicación de la ley y se confunde con la realización correcta de la Justicia.
45. Tribunal Regional Federal 2, *Proceso No. 0005966-81.2014.4.02.5101, 08/05/2014; Tribunal Regional Federal 2, Proceso No. 0160246-10.2014.4.02.5101, 31/10/2014; y Tribunal Regional Federal 2, Proceso 0001194-18.2015-4.02.0000, 08/05/2014.*
46. Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 139.519–RJ*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, 11/10/2017.
47. Ibídem.
    Enmienda: Conflicto positivo de competencia. Juicio arbitral y órgano jurisdiccional estatal. Conocimiento. Arbitraje. Naturaleza jurisdiccional. Medios alternativos de solución de conflicto. Deber del Estado. Principio *kompetenz-kompetenz*. Precedencia del juicio arbitral en relación a la jurisdicción estatal. Control judicial a posteriori. Convivencia armónica entre el derecho patrimonial disponible de la administración pública y el interés público. Conflicto de competencia juzgado procedente.

VII - En el ámbito de la Administración Pública, desde la Ley No. 8.987/95, denominada Ley General de las Concesiones y Permisos de Servicios Públicos, con la redacción dada por la Ley No. 11.196/05, hay previsión expresa de que el contrato podrá disponer sobre el empleo de mecanismos privados para la resolución de conflictos, incluso el arbitraje. En el mismo sentido la Ley No. 9.478/97, que regula la política energética nacional, las actividades relativas a la extracción de petróleo y la institución de la ANP (art. 43, X) y la Ley No. 13.129/15, que agregó los §§ 1ºy 2º, al art. 1º de la Ley No. 9.307/96, en lo que se refiere a la utilización del arbitraje por la Administración Pública.

VIII - La jurisdicción estatal decurre del monopolio del Estado de imponer reglas a los particulares, por medio de su autoridad, el consonante principio de la inafectabilidad del control judicial (art. 5º, XXXV, de la Constitución de la República), mientras que la jurisdicción arbitral emana de la voluntad de los contratantes.

IX - La jurisdicción arbitral precede a la jurisdicción estatal, incumbiendo a aquella deliberar sobre los límites de sus atribuciones, previamente a cualquier otro órgano juzgador (principio *kompetenz-kompetenz)*, así como sobre las cuestiones relativas a la existencia, a la validez y a la eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria (arts. 8º y 20, de la Ley No. 9.307/96, con la redacción dada por la Ley No. 13.129/15).

X - Convivencia armónica del derecho patrimonial disponible de la Administración Pública con el principio de la indisponibilidad del interés público. La Administración Pública, al recurrir al arbitraje para solucionar litigios que tengan por objeto derechos patrimoniales disponibles, atiende al interés público, preservando la buena fe de los actos practicados por la Administración pública, en homenaje al principio de la seguridad jurídica.

XI - El arbitraje no imposibilita el acceso a la jurisdicción arbitral por Estado-Miembro, haciendo posible su intervención como tercero interesado. Previsiones legal y contractual.

XIII - Prematura apertura de la instancia judicial en descompás con lo dispuesto en el art. 3º, § 2º, del CPC/2015 y los términos de la Convención Arbitral.

XIV - Conflicto de competencia conocido y juzgado procedente, para declarar competente al Tribunal Arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Agravios regimentales de la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles y del Estado de Espirito Santo perjudicados[48].

4.3. ACFI – Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones

Actualmente Brasil tiene seis ACFI con Mozambique (2015), Angola (2015), Malaui (2015), México (2015), Colombia (2015); Chile (2015) y Perú (2016)[49] y negociaciones en tratativas con África del Sur, Argelia, Marruecos y Túnez.

Estos acuerdos prevén el arbitraje solamente entre Estados –sin la participación de inversores privados–, algunos de ellos tienen redacciones más completas, otros la cláusula de solución de disputas aún es bastante amplia. Por ejemplo,

(i) Mozambique: Arbitraje entre Estados

Art. 15(6): En el caso de que no sea posible solucionar la disputa, las Partes podrán recurrir a mecanismos de arbitraje entre Estados que serán desarrollados por el Comité Conjunto, cuando lo sea considerado conveniente entre las partes[50].

(ii) Angola: Arbitraje entre Estados siguiendo el modelo del ACFI de Mozambique supra transcripto.

(iii) Malaui: Arbitraje entre Estados siguiendo el modelo del ACFI de Mozambique supra transcripto.

48. Ibídem.
49. Los Acuerdos de Cooperación y Facilidad de Inversiones mencionados se encuentran en <https://bit.ly/2HzVyVh> (11/07/2019).
50. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y Mozambique disponible en: <https://bit.ly/2UcQ5ZM> (11/07/2019).

(iv) México: Arbitraje entre Estados. Cláusula de Arbitraje más completa con la posibilidad de someter al arbitraje para una institución, por acuerdo de las partes (artículo 19 del ACFI[51]).

(v) Colombia: Posee una cláusula de arbitraje más completa, con arbitraje ad hoc, pero haciendo posible que las partes elijan un reglamento de arbitraje, con enfoque en arbitraje de inversiones (artículo 23[52]).

(vi) Chile: Posee una cláusula de arbitraje más completa, con arbitraje ad hoc, pero haciendo posible que las elijan un reglamento de arbitraje, con enfoque en arbitraje de inversiones (artículo 23[53]).

5. Consideraciones finales

Brasil actualmente posee un cuadro regulatorio favorable al arbitraje comercial, con una legislación adecuada a los niveles internacionales y una posición jurisprudencial favorable al arbitraje. Y pese a que Brasil no ha ratificado la Convención de Washington y no tiene Acuerdos Bilaterales de Inversiones como los modelos internacionales que prevalecen actualmente, el arbitraje involucrando entes de la administración pública está expresamente reglamentado por ley y es utilizado por la administración pública en los grandes contratos, incluso cuando están involucrados inversores extranjeros.

51. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y México disponible en <https://bit.ly/2MLg5uu> (11/07/2019).
52. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y Colombia disponible en <https://bit.ly/2Lhzy2v> (11/07/2019).
53. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y Chile disponible en <https://bit.ly/32fjxkE> (11/07/2019).

El Arbitraje y las Cortes: la experiencia del Azuay*

*Juan David Vicuña Matovelle***

Recibido/Received: 29/07/2019
Aceptado/Accepted: 31/07/2019

Resumen: El presente artículo analiza la alternabilidad del arbitraje a partir de la casuística de la provincia del Azuay. Incluye el análisis de acciones constitucionales que impugnaban decisiones de competencia de tribunales arbitrales así como la primera acción de nulidad declarada con lugar en la provincia.

* El autor quiere agradecer a Claudia Albornoz y Francesca Mancino por su ayuda en el análisis de las sentencias para el presente artículo. Un agradecimiento especial a Cinthya Vintimilla del CAM Azuay por la confirmación de ciertos antecedentes fácticos de los casos analizados.

** Abogado del estudio jurídico Cordero&Asociados Abogados. Abogado por la Universidad del Azuay (presea Honorato Vázquez al mejor egresado de la carrera de Derecho). Ha sido Coentrenador del equipo de arbitraje de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Correo electrónico: jdvicuna@corderoasociados.com

J. D. Vicuña, "El Arbitraje y las Cortes", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 10, 2019, pp. 45-78.



ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649/rea1002



Palabras Clave: garantías jurisdiccionales, arbitraje, alternabilidad, cortes.

Arbitration and the Courts : Azuay's experience

Abstract: This article studies the alternability of arbitration based on rulings of the Azuay province. It includes an analysis of jurisdictional guarantees that challenged decisions on jurisdiction of the arbitral tribunal and the first annulment of an arbitral award in the province.

Keywords: jurisdictional guarantees, arbitration, alternability, courts.

1. Introducción

No ha sido poco frecuente que partes de un proceso arbitral que no se encuentran conformes con las distintas acciones tomadas, ya sea por el Centro o por el Tribunal Arbitral, intenten acciones de índole judicial y/o constitucional argumentando violaciones a sus derechos, especialmente al debido proceso y a la seguridad jurídica.

Una de las preocupaciones de los practicantes del arbitraje ha sido esta tensión e interacción, en algunos casos obligatoria, entre el arbitraje y las cortes. Surgen dudas como ¿qué concepción tienen los jueces ordinarios del arbitraje?, ¿cómo interpretaría un juez principios especiales del arbitraje?, o ¿hasta qué punto es *autónomo* el arbitraje?

El objeto del presente artículo es dar respuesta a estas preguntas mediante la casuística, compilando tres experiencias relativamente recientes que constituyen también *primeras veces* en el marco de procesos arbitrales llevados por el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del

Azuay (en adelante, CAM Azuay), único centro de arbitraje de la provincia[1].

Así, analizaremos en el presente artículo: **(i)** una acción de protección interpuesta contra una decisión de competencia de un tribunal arbitral; **(ii)** una acción extraordinaria de protección interpuesta contra una decisión de competencia de un tribunal arbitral (admitida a trámite por la Corte Constitucional); y **(iii)** la primera (y hasta la fecha única) sentencia que declara con lugar una acción de nulidad de laudo arbitral en el Azuay.

En todos estos casos, ya sea de forma tangencial y otras veces de forma expresa, se interpreta y analiza instituciones jurídicas que son pilares del arbitraje, como por ejemplo: **(i)** el estándar bajo el cual se debe verificar el consentimiento de las partes para entender que sometieron sus controversias al arbitraje; **(ii)** el alcance del principio *kompetenz-kompetenz* y la posibilidad de revisar en la justicia ordinaria las declaratorias de competencia de los tribunales arbitrales; **(iii)** el verdadero alcance de la *alternabilidad* del arbitraje como un método de solución de conflictos independiente de la justicia ordinaria; y **(iv)** la sujeción de los procesos arbitrales a un control ex post en la justicia ordinaria.

2. Breve referencia a la alternabilidad del arbitraje

Una de las problemáticas que por antonomasia plantea el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos es el verdadero alcance de su alternabilidad, esto es, el grado de interacción que tiene o puede tener la justicia ordinaria[2] en el marco de un proceso arbitral.

1. Todos los laudos y las decisiones analizadas son de público acceso toda vez que han sido sometidos a la justicia ordinaria.
2. A lo largo del presente artículo, todas las referencias a “justicia ordinaria” deben entenderse que comprenden tanto la justicia ordinaria no constitucional (jueces de lo civil, penal, laboral, etc.) como la justicia constitucional (ya sea jueces ordininarios que conocen garantías jurisdiccionales o la propia Corte Constitucional).

La Constitución de la República (en adelante, CRE)[3] dispone en su artículo 190 que "[s]e reconoce el arbitraje, la mediación y otros *procedimientos alternativos para la solución de conflictos*. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, *en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir* […]" (énfasis añadido). Debemos entender entonces que el arbitraje es alternativo a la justicia ordinaria, característica que se desarrolla a lo largo de otras normas como el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM)[4] y el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ)[5].

Sin embargo, esta alternabilidad no es absoluta pues un proceso arbitral en muchas ocasiones puede y/o debe recurrir o interactuar con los órganos de la justicia ordinaria.

Por un lado, el artículo 7 de la LAM recoge el denominado *principio de interdicción de la justicia ordinaria* y el principio *pro arbitri,* que constituyen pilares de la alternabilidad del arbitraje, y proscriben a los jueces ordinarios inmiscuirse en el proceso arbitral, debiendo inhibirse de conocer controversias respecto de las cuales las partes han pactado someterse al procedimiento arbitral[6].

Este principio está estrechamente ligado a la excepción previa no subsanable constante en el artículo 153, numeral 10 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP)[7], que impide al juez conocer la causa puesta a su conocimiento si verifica la "[e]xistencia de convenio, compromiso arbitral

---

3. Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
4. Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2006.
5. Código Orgánico de la Función Judicial, RO Suplemento No. 544 de 09/03/2009.
6. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 4, Art. 7.
   Art. 7.- […] Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje […].
7. Código Orgánico General de Procesos, RO No. 506, 22/05/2015.

o convenio de mediación"[8], debiendo proceder a declarar sin lugar la demanda y ordenar su archivo.

Por otro lado, existen varias ocasiones en las que la LAM expresamente permite u ordena la interacción entre el arbitraje y la justicia ordinaria. Entre ellos tenemos: **(i)** la renuncia del convenio arbitral[9]; **(ii)** el dictado y ejecución de medidas cautelares[10]; **(iii)** la acción de nulidad de los laudos arbitrales[11]; y **(iv)** la ejecución (forzosa) de los laudos arbitrales[12], siguiendo el procedimiento previsto en el COGEP.

En el marco de un proceso arbitral conforme lo previsto en la LAM, de todas las decisiones que puede tomar un tribunal arbitral, existen dos que resultan trascendentales para el proceso, por su incidencia respecto de los derechos e intereses de las partes que se encuentran en litigio: **(i)** la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia para conocer y resolver la controversia, que debe ser tomada en la audiencia de sustanciación[13]; y **(ii)** el laudo arbitral que pone fin a la controversia.

Respecto de la decisión que tome el tribunal sobre su competencia, la LAM no prevé en forma expresa ningún tipo de recurso que pueda interponer la parte que considere equivocada esta decisión. Esto puede entenderse desde una intención del legislador de defender el principio *kompetenz-kompetenz* y la capacidad del tribunal para ser, única y exclusivamente, quien resuelva sobre su competencia; tanto es así, que ni siquiera en las causales de nulidad del artículo 31 de la LAM se prevé alguna que haga referencia en forma específica –o siquiera tangencial– a la declaratoria de competencia de un tribunal arbitral, de modo que, al menos en teoría, estaría proscrito que se realice un control jurisdiccional *ex post* al respecto.

8. Ídem, Art. 153(10).
9. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 4, Art. 8.
10. Ídem, Art. 9.
11. Ídem, Art. 31.
12. Ídem, Art. 32.
13. Ídem, Art. 22.

En cuanto a los laudos arbitrales, el artículo 30 de la LAM es claro al señalar que "[l]os laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables […]"[14] y que "[l]os laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley"[15].

Teniendo en cuenta lo manifestado, el objetivo del presente artículo es demostrar en base a la casuística del CAM Azuay, ¿qué ha ocurrido cuando las partes han acudido a la justicia ordinaria para impugnar decisiones de los tribunales arbitrales?

3. Análisis de casos

El listado de casos analizados es el siguiente:

No.	No. Proceso	Partes del Proceso Arbitral	Tipo de Acción	Decisión Impugnada	Estado de la Causa
1	01283-2017-00268	Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo Ltda. c. SIFIZSOFT S.A.	Acción de Protección con Medidas Cautelares	Decisión de Competencia del Tribunal	Demanda declarada improcedente en primera y segunda instancia
2	0638-17-EP	ANDICOAUDI S.A. c. Sergio José Cardona Jiménez	Acción Extraordinaria de Protección	Decisión de Competencia del Tribunal Arbitral	Demanda admitida a trámite por Sala de Admisión Corte Constitucional
3	01100-2018-00002	Instituto Fiscomisional Técnico Superior c. David Gustavo Jiménez Landívar	Acción de Nulidad de Laudo Arbitral	Laudo	Demanda declarada con lugar

Fuente: Elaboración del autor

14. Ídem, Art. 30.
15. Ibídem.

3.1 Acción de protección con medidas cautelares en el marco de un proceso arbitral: Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo Ltda. c. SIFIZSOFT S.A. (Juicio 009-2016)

3.1.1 El proceso arbitral

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo Ltda. (en adelante, la Cooperativa) contrató a SIFIZSOFT S.A., una compañía especializada en software financiero, para la implementación de una plataforma tecnológica que le permita mejorar los servicios que brinda a sus clientes.

Sin embargo, surgieron problemas relativos a los plazos de entrega del software, así como a su funcionamiento, lo que a criterio de la Cooperativa acarreó que no se pueda cumplir con el objeto del contrato, por lo que presentaron una demanda arbitral en la que solicitaron la resolución del contrato junto con una indemnización por los daños y perjuicios causados.

La cláusula de solución de controversias del contrato contenía el siguiente texto:

> Cláusula Décimo Sexta: Solución de Controversias.- Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el *Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca* (énfasis añadido)[16] [17].

16. Unidad Judicial Penal de Cuenca, *Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo Ltda. c. SIFIZSOFT S.A.,* Proceso No. 01283-2017-00268 (Acción de Protección), 09/02/2017.
17. Pese a que no fue alegado por las partes ni por el tribunal arbitral, es importante señalar que la Disposición Transitoria Primera del Reglamento Interno del CAM Azuay dispone: "Todas las cláusulas compromisorias relativas a los medios alternativos de solución de conflictos que se hayan pactado en relación a los Centros de las Cámaras de Comercio, Industrias y Construcción de Cuenca, se entenderán sometidas a conocimiento del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay y del presente Reglamento".

La parte actora puntualizó en su demanda que, a efectos de evitar o subsanar cualquier patología que el tribunal arbitral pudiera detectar en la cláusula **(i)** es evidente que las partes se referían al CAM Azuay y **(ii)** los métodos alternativos para la solución de controversias que se llevan a cabo en el centro son tanto el arbitraje como la mediación, por lo que, inclusive en caso de duda, debería aplicarse el principio pro *arbitri* contenido en el artículo 7 de la LAM, en concordancia con el artículo 76 de la CRE y el artículo 6 del COFJ.

Se acompañó a la demanda un acta de imposibilidad de acuerdo del mismo Centro, con la cual la parte actora pretendió demostrar que se agotó la etapa previa de mediación, así como que no debería llamarse a una nueva audiencia de mediación intraprocesal conforme lo dispuesto en el artículo 15 de la LAM.

SIFIZSOFT S.A. contestó la demanda rechazando todos los argumentos referentes a los méritos de la demanda, y en cuanto a la competencia del Centro (y del tribunal arbitral que se conforme) para conocer y resolver la controversia, presentó una excepción de Incompetencia del Juez.

Este argumento se centró en que se trataba de una cláusula arbitral patológica o insuficiente, afirmando que su contenido resultaba "incoherente, ambiguo e inaplicable" por lo que "no cumple con requisitos esenciales para que pueda ser considerada una cláusula arbitral en sentido propio ni para que surta efectos legales y sea aplicable, por lo que tiene vicios insubsanables [...]"[18].

Los "vicios insubsanables" alegados por la demandada fueron[19]:

(i) No existe una obligación expresa de las partes de someterse ni a la mediación ni al arbitraje como método de solución de

18. Contestación a la demanda por parte de SIFIZSOFT S.A. en el marco del proceso arbitral que derivó la acción de protección No. 01283-2017-00268.
19. Unidad Judicial Penal de Cuenca, N. 16.

controversias, pues la palabra "podrán" hace referencia a una atribución facultativa, por lo que, si no hay acuerdo mutuo entre las partes, no existe obligación de someterse a estos métodos alternativos de solución de conflictos.

(ii) En la cláusula no se hace referencia de manera expresa al arbitraje en ningún punto. Se trata de una cláusula general que se refiere a "métodos alternativos" y si se analiza la cláusula en su integralidad, el arbitraje queda excluido del convenio ya que se refieren a un "Centro de Mediación".

(iii) Se hace referencia en la cláusula al "Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca", sin embargo, esta Cámara no tiene ningún centro de mediación legalmente autorizado.

Indican que se trata de un caso que la doctrina ha denominado una "cláusula arbitral diminuta" por su carácter general, vago y difuso; que además es una "cláusula confusa" por cuanto las partes no se someten expresamente al arbitraje ni tampoco ante una institución claramente definida. Esto se evidencia en el hecho que **(i)** se ha identificado a una institución inexistente; **(ii)** no existe determinación inequívoca de sometimiento al arbitraje; **(iii)** el convenio es ambiguo y **(iv)** se trata de un "convenio en blanco" ya que omite la forma de designación de los árbitros, así como la modalidad del arbitraje (en derecho o en equidad).

En base a los argumentos indicados, SIFIZSOFT S.A. sostuvo que esta cláusula contractual no cumplía con los requisitos de un convenio arbitral previstos en el artículo 5 de la LAM, por lo que el tribunal que fuere designado debía declararse incompetente y abstenerse de conocer y resolver la causa.

Posteriormente se posesionó un tribunal arbitral[20] integrado por tres árbitros, y mediante decisión tomada con

20. Es de notar el hecho que el tribunal arbitral, al tratarse de un arbitraje en equidad por no haber las partes dispuesto lo contrario conforme lo proscribe el artículo 3 de la LAM, estuvo integrado por dos abogados y un ingeniero civil.

fecha 09 de enero de 2017 en la audiencia de sustanciación, se declaró competente para conocer y resolver la controversia.

El argumento del tribunal para declararse competente[21] fue únicamente que la existencia misma de la cláusula de solución de controversias demuestra la voluntad y el consentimiento común de las partes de someterse a los medios alternativos de solución de conflictos, por lo que correspondía aplicar **(i)** el principio *pro arbitri;* y **(ii)** el artículo 1576 del Código Civil referente a la interpretación de los contratos, que dispone que "[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"[22].

3.1.2 La acción de protección con medidas cautelares

El 02 de febrero de 2017 SIFIZSOFT S.A. interpuso una acción de protección con medidas cautelares que recayó por sorteo en la Unidad Judicial Penal de Cuenca y fue signada con el número de juicio 01283-2017-00268.

La parte demandada en este proceso fueron los tres árbitros que conformaban el tribunal arbitral. El acto violatorio de derechos fundamentales impugnado fue "la decisión del Tribunal de Arbitraje y Mediación del [CAM Azuay] expresada en audiencia de sustanciación […] mediante la cual se declara competente para conocer y resolver la demanda […]"[23].

El argumento de SIFIZSOFT S.A. fue que, al declararse competente el tribunal arbitral, la compañía quedó en absoluta indefensión, toda vez que contra la decisión de competencia de un tribunal arbitral no cabe recurso alguno. Se señalaron como derechos fundamentales presuntamente violados: **(i)** la

21. Unidad Judicial Penal de Cuenca, N. 16.
22. Código Civil, RO Suplemento No. 45, 24/06/2005. Unidad Judicial Penal de Cuenca, N. 16.
23. Unidad Judicial Penal de Cuenca, N. 16.

seguridad jurídica[24]; **(ii)** el derecho a ser juzgado por su juez natural[25]; y, **(iii)** derecho a la defensa[26].

También se pretendió justificar la idoneidad de la acción de protección alegando la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz, toda vez que ni la LAM ni ninguna otra norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la posibilidad de impugnar la decisión de los árbitros sobre su competencia, como sí sucede en otros países, citando el caso de España que prevé la revisión de la decisión mediante una acción de anulación del laudo[27].

La pretensión concreta fue que **(i)** se declare la vulneración de derechos fundamentales de SIFIZSOFT S.A.; **(ii)** se deje sin efecto la declaratoria de competencia del tribunal arbitral; y, **(iii)** se declare la nulidad del proceso arbitral[28].

Adicionalmente, se solicitó como medida cautelar (que fue concedida), que con fundamento en el artículo 87 de la CRE y artículos 13, numeral 5, 26 y 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdicciones y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), se disponga "la suspensión del proceso arbitral […] hasta que se resuelva esta causa".

Se fundamentó la medida la amenaza de violación de derechos constitucionales que podrían producir un daño grave, toda vez que el arbitraje se encontraba en etapa de prueba, y la práctica de estos medios probatorios generarían importantes perjuicios económicos a la compañía, que adicionalmente, se encontraba domiciliada en la ciudad de Quito lo cual incrementaría estos costos.

24. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 82.
25. Ídem, Art. 76(7)(k).
26. Ídem, Art. 76(7).
27. Ley 60/2003 de Arbitraje de España, Art. 22(3).
28. Unidad Judicial Penal de Cuenca, N. 16.

El tribunal arbitral, al contestar la demanda en la audiencia convocada para el efecto, alegó que: **(i)** "la acción planteada es insólita"; **(ii)** que "la decisión de un tribunal en la que se declara competente no tiene ningún tipo de recurso"; y, **(iii)** que "[en el proceso arbitral] sólo cabe la nulidad del laudo arbitral cuando todo el proceso arbitral haya concluido y [de esta decisión, eventualmente] una acción extraordinaria de protección". Además, calificaron a la acción como **(iv)** "un ataque directo [al arbitraje como] método alternativo de solución de conflictos amparado en la [CRE]"[29].

En primera instancia, se declaró sin lugar la acción de protección planteada. La jueza determinó que para analizar la procedencia o no de la acción debía resolver las siguientes interrogantes[30]:

¿Procede la acción de protección contra una decisión de un Tribunal Arbitral?

La respuesta fue que "eminentemente no", por cuanto el artículo 88 de la CRE señala que la acción de protección procede contra actos u omisiones de cualquier autoridad pública *no judicial*, y en el caso concreto, se impugna un acto emanado de un tribunal arbitral en conocimiento de un caso, y que conforme lo prescrito en el artículo 1 de la LAM "[el] actuar [de los árbitros] se asimila a la administración de justicia"[31], por lo que en base al artículo 17 COFJ, resulta improcedente la acción al enmarcarse en las causales de improcedencia del artículo 42 de la LOGJCC.

Adicionalmente, indicó que el laudo que se llegue a dictar es susceptible de la acción de nulidad prevista en el artículo 31 de la LAM, lo que torna de igual forma improcedente la acción de protección.

29. Ibídem.
30. Ibídem.
31. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 4, Art. 1.

¿Existirá afectación de derechos constitucionales de SIFIZSOFT S.A. con la decisión del Tribunal Arbitral, al resolver declararse competente para conocer la controversia?

La respuesta fue igualmente negativa, puesto que no se ha probado que exista una vulneración a ningún derecho constitucional. De manera concluyente, la sentencia manifiesta:

> Es evidentemente imposible e incuestionable que por medio de una acción de protección constitucional, se intente analizar la legalidad o legitimidad de una resolución emitida por el Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay[32].

Finalmente, la jueza consideró que existió un abuso del derecho por parte de SIFIZSOFT S.A. al plantear una acción de protección contra una resolución de un tribunal arbitral "con la finalidad de retardar el proceso por intereses económicos" y calificó la acción de temeraria.

SIFIZSOFT S.A. apeló esta sentencia, y en segunda instancia el caso fue conocido y resuelto por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que ratificó la sentencia de primera instancia concordando en todo lo expuesto por la jueza a quo, salvo la declaratoria de temeridad, al considerar que es una figura propia de materia penal y que no cabe por tanto en una acción de naturaleza constitucional[33].

---

32. Unidad Judicial Penal de Cuenca, N. 16.
33. Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, *SIFISOFT S.A. c. Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay*, Causa No. 01283-2017-00268, 20/04/2017.

3.2 Acción extraordinaria de protección en el marco de un proceso arbitral: ANDICOAUDI S.A. c. Sergio José Cardona Jiménez (Juicio 005-2016)

3.2.1 El proceso arbitral

La compañía ANDICOAUDI S.A. suscribió un contrato civil de prestación de servicios profesionales con el señor Sergio José Cardona Jiménez con el objeto de que, cuando la compañía lo requiera, este último prestaría "sus servicios en calidad de piloto de avión en el lugar y tiempo que la compañía lo requiera; para viajes dentro del territorio nacional como al extranjero".

Como contraprestación por los servicios que prestaría el profesional, la compañía contratante debería cancelar mensualmente al piloto un valor fijo. Asimismo, se estipuló una cláusula denominada "Relación Civil entre las Partes" que determinaba que el contrato era de índole civil, sin que existiera ninguna relación laboral de ninguna clase entre las partes.

Este contrato contenía una cláusula arbitral que, en su parte pertinente determinaba:

> Décimo Primera: Controversias.- Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será sometida obligatoriamente en primera instancia a mediación en el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de las Cámaras de la Producción del Azuay con sede en la ciudad de Cuenca. *En el evento que el conflicto no fuere resuelto mediante ese procedimiento las partes la someterán a la resolución de un tribunal de Arbitraje de las Cámaras de la Producción del Azuay*, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, el reglamento del CAM, y a las siguientes normativas y preceptos:
>
> El Tribunal estará integrado por un árbitro, designado por el CAM de las Cámaras de la Producción del Azuay

> de conformidad a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación. *El Tribunal decidirá en derecho* (énfasis añadido)[34].

ANDICOAUDI S.A. presentó una demanda arbitral el 25 de mayo de 2016 en la cual alegó que el piloto contratado repentinamente dejó de cumplir sus obligaciones contractuales y "nunca más apareció a prestar sus servicios" fallando en asistir a un vuelo previamente agendado por la compañía, para el cual ya se habían comprado otros pasajes aéreos, tickets de hotel, entre otros. Asimismo, el piloto se había comprometido a realizar un curso de entrenamiento en Estados Unidos que ya había sido pagado por la compañía, y tras su ausencia no lo completó.

La compañía demandó en virtud de lo que ellos consideraban era un flagrante incumplimiento de las obligaciones contractuales del piloto, solicitando que el tribunal arbitral declare: **(i)** el incumplimiento del contrato por parte del piloto; **(ii)** declare la terminación del contrato; y **(iii)** se condene al piloto al pago de daños y perjuicios por múltiples conceptos, entre los que se incluyeron, los gastos del viaje no realizado, los pagos al curso de entrenamiento, entre otros.

El piloto contestó la demanda negando todas las pretensiones referentes al fondo de la controversia, y en lo referente a la competencia del tribunal, alegó que existía incompetencia en razón de la materia. El fundamento fue que el contrato "si bien contiene cláusulas que en lo formal quieren aparentar un contrato de prestación de servicios profesionales autónomo e independiente"[35] se trata en realidad de una relación laboral, por lo que se interpuso una excepción de incompetencia de la autoridad arbitral para conocer una controversia "cuya competencia es exclusiva y excluyente de

---

34. Extracto del contrato de la controversia entre *ANDICOAUDI S.A. c. Sergio José Cardona Jiménez*.
35. Contestación a la demanda por parte de Sergio José Cardona Jiménez en el marco del proceso arbitral entre entre *ANDICOAUDI S.A. c. Sergio José Cardona Jiménez*, que derivó la acción extraordinaria de protección No. 0638-17-EP.

los jueces del trabajo". Esta excepción se fundamentó en el artículo 129 del COFJ y el artículo 568 del Código del Trabajo[36].

Para el efecto, se adjuntaron como prueba varios correos electrónicos y comunicaciones entre las partes, con los que se justificó que al piloto se le exigía cumplir un horario y, cuando no esté realizando labores de vuelo, encontrarse en la sede de la compañía.

Una vez constituido el tribunal arbitral, se realizó la audiencia de sustanciación conforme lo previsto en el artículo 22 de la LAM, en la cual el tribunal se declaró no competente para conocer esta controversia. Una particularidad de esta decisión es el criterio del árbitro único respecto de la aplicabilidad del COGEP en el marco del proceso arbitral. La decisión de competencia realiza varias reflexiones y aseveraciones respecto de la supletoriedad y/o obligatoriedad de aplicar el COGEP, señalando en su parte pertinente lo siguiente:

> PRIMERO.- Conforme consta de las constancias procesales, la demanda arbitral fue presentada en fecha 25 de mayo del 2016, lo que implica que para esa fecha *el Código General de Procesos (COGEP) se encontraba en plena vigencia* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano […]
>
> SEGUNDO.- El mentado Código establece nuevos procedimientos que deben usarse obligatoriamente para la sustanciación de los procesos judiciales, con el objetivo de concretar el principio de celeridad procesal, que abarca el principio general de economía procesal […] en el cual se ordena que las excepciones planteadas por la parte demandada o reconvenida deben ser fundamentadas, existiendo además la posibilidad de plantear las llamadas *"excepciones previas", las mismas que se encuentran expresamente señaladas en el COGEP en su artículo 153 y entre las cuales se encuentra la "1. Incompetencia de la o del juzgador", ante las cuales precisamente el administrador de justicia debe pronunciarse para sanear el proceso y evitar de esta forma que las partes procesales incurran en gastos innecesarios de tiempo y*

36. Código del Trabajo, RO Suplemento No. 167, 16/12/2005.

> *recursos, circunstancia que a criterio de este Árbitro Único resulta ser una de las ventajas más apreciables del nuevo código adjetivo procesal.*
>
> TERCERO.- *El COGEP es plena y obligatoriamente aplicable a los casos de Arbitraje, según lo dispone el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación y a la Disposición Reformatoria Primera del COGEP, circunstancia que aparte de ser legalmente aplicable es conocida perfectamente por las partes procesales […]* (énfasis añadido)[37].

Respecto de la excepción de incompetencia, se determinó que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado por su juez natural[38] y que, la sola existencia de la cláusula arbitral no vuelve *per se* arbitrable a una controversia; sino que debe ser analizada de manera previa por el tribunal que la conozca, si la materia puesta a consideración para la resolución es o no transigible[39].

El árbitro único determinó que, de las pruebas aportadas por las partes, se desprendía sin duda alguna que la relación entre ellas era de índole laboral, por lo que no constituía materia transigible, señalando:

> NOVENA.- Con las pruebas antes descritas, es el criterio del suscrito que, a pesar de la denominación y la forma que se ha dado al contrato que dio inicio a la relación entre las partes como uno de prestación de servicios profesionales, en la especie se ha probado la pertinencia de la excepción de incompetencia formulada por el demandado, en tal virtud las obligaciones derivadas del contrato deben ser reclamadas en la forma pertinente a la materia y conocidas por el Juez competente que en este caso no es el presente Tribunal.
>
> Por lo dicho, este Tribunal Arbitral, acepta la excepción de falta de competencia alegada por el demandado y dispone el archivo de la presente causa dejando a salvo los derechos de los que las partes se crean asistidos para hacerlos valer ante los órganos correspondientes […][40].

---

37. Decisión del árbitro único en el marco del proceso arbitral entre *ANDICOAUDI S.A. c. Sergio José Cardona Jiménez.*
38. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 76(3).
39. Ídem, Art. 190.
40. Decisión del árbitro único, N.37.

ANDICOAUDI S.A. presentó un escrito en el que solicitaba que se declare la nulidad del auto dictado en la audiencia de sustanciación y además pedía una aclaración de ciertos puntos, manifestando que, **(i)** por la sola existencia del convenio arbitral debía declararse competente el árbitro con fundamento en el artículo 22 de la LAM, toda vez que el principio *kompetenz-kompetenz* faculta al tribunal a decidir sobre su competencia única y exclusivamente en virtud del texto convenio arbitral y no de las pruebas aportadas por las partes (que solamente pueden ser valoradas tras una declaratoria de competencia), con lo cual se produjo una vulneración al debido proceso; y **(ii)** que el COGEP no es aplicable en lo absoluto por diferenciarse los procesos judiciales de los arbitrales, por lo que mal pueden existir referencias a *excepciones previas* como a la *audiencia preliminar*. Se alegó que la decisión tomada vulnera directamente los derechos constitucionales de la compañía a la defensa y al debido proceso.

El árbitro único respondió a este pedido mediante providencia dictada con fecha 02 de febrero de 2017 mediante la cual señalaba **(i)** que las causas de nulidad procesal se encuentran expresamente detalladas en la ley, lo cual no se cumple en el caso; y **(ii)** que el COGEP es plenamente aplicable al proceso arbitral en virtud del artículo 37 de la LAM determinando que *"la aplicación del COGEP será obligatoria en todo aquello que no se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación*, así la contestación como el tratamiento de las excepciones planteadas deben sujetarse a este cuerpo normativo"[41] (énfasis añadido).

Tras algunos escritos posteriores presentados por las partes, el árbitro único se ratificó en su decisión, y ANDICOAUDI S.A. presentó una acción extraordinaria de protección.

41. Respuesta del árbitro único a la solicitud de ANDICOAUDI S.A. para la nulidad del proceso arbitral.

3.2.2 La acción extraordinaria de protección

Esta garantía jurisdiccional se interpuso "en contra del auto [de declaratoria de incompetencia del tribunal arbitral] […] así como del auto de nulidad y aclaración […] en que se niega lo solicitado […]"[42].

Se pretendió justificar el requisito de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios[43] alegando que conforme el artículo 30 de la LAM –referente a la inapelabilidad de los laudos arbitrales– "la etapa del juicio arbitral se encuentra agotada, toda vez que no cabe recurso de apelación de la decisión [de competencia del tribunal arbitral]"[44] y que tampoco cabe "una petición de nulidad de laudo arbitral, por no haberse dictado el mismo en razón de lo ya relatado"[45].

Se identificaron como derechos constitucionales vulnerados en la decisión: **(i)** el derecho al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes[46]; **(ii)** el derecho a la defensa en la garantía de la motivación[47]; y **(iii)** la seguridad jurídica[48].

Como pretensión concreta de su demanda, ANDICOAUDI S.A. solicitó que se declare la vulneración de sus derechos constitucionales, y que en consecuencia **(i)** se acepte la acción extraordinaria de protección; **(ii)** se deje sin efecto la decisión de competencia tomada por el tribunal arbitral; y **(iii)** se disponga que otro árbitro del Centro conozca y resuelva la demanda planteada.

El Centro remitió el expediente a la Corte Constitucional y el proceso fue signado con el número 0638-17-EP. La Sala

42. Corte Constitucional del Ecuador, *Proceso No. 0638-17-EP.*
43. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 61(3), RO Sup No. 52, 22/10/2009.
44. Corte Constitucional del Ecuador, N. 42.
45. Ibídem.
46. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 76(1).
47. Ibídem.
48. Ídem, Art. 82.

de Admisión admitió a trámite la demanda con fecha 06 de junio de 2017, resolviendo sin realizar un mayor análisis de los argumentos de ninguna de las partes:

> CUARTA.- La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sus artículos 61 y 62, establece los requisitos de admisibilidad para la acción extraordinaria de protección. De la revisión de la demanda propuesta, y de los documentos que se acompañan a la misma, se encuentra que, en el presente caso, se cumplen los requisitos de admisibilidad previstos en los artículos referidos […] por lo que esta Sala, ADMITE a trámite la acción extraordinaria de protección No. 0638-17-EP, sin que ello constituya un pronunciamiento sobre la materialidad de la pretensión[49].

A la fecha de elaboración del presente artículo, no se ha dictado aún una sentencia de fondo que resuelva la controversia. Sin embargo, es importante a efectos de la decisión que vaya a tomarse, tomar en consideración los hechos subsecuentes que detallamos a continuación.

3.2.3 El juicio laboral

El 13 de marzo de 2019, el piloto presentó una demanda por pago de haberes laborales que por sorteó radicó en la Unidad Judicial del Trabajo de Cuenca y fue signada con el número 01371-2019-00118. El piloto alegó en su demanda que el contrato de servicios profesionales que suscribió con ANDICOAUDI S.A. en realidad configuró la existencia de una relación laboral y demandó el pago de remuneraciones no canceladas, horas suplementarias y horas extraordinarias con los recargos respectivos, vacaciones, despido intempestivo, el desahucio, fondos de reserva y costas procesales[50].

49. Corte Constitucional del Ecuador, N. 42.
50. Unidad Judicial del Trabajo de Cuenca, S*ergio José Cardona Jiménez c. ANDICOAUDI S.A.*, Proceso No. 01371-2019-00118.

Dentro de las pruebas presentadas por el piloto inclusive se adjuntó el expediente del proceso arbitral, pretendiendo demostrar **(i)** que ya existió un pronunciamiento por parte del árbitro único determinando que se trata de una controversia netamente laboral; y que, **(ii)** al haber sido puesta esta controversia en conocimiento de un tribunal arbitral, no podría alegarse de modo alguno que se estaba violando la cláusula de resolución de controversias prevista en el contrato.

ANDICOAUDI S.A. contestó la demanda negando las pretensiones de fondo y planteó como excepciones previas –que fueron desechadas por la jueza en la primera fase de la audiencia única prevista en el COGEP–: **(i)** existencia de compromiso arbitral[51]; **(ii)** incompetencia de la autoridad[52]; y **(iii)** inadecuación del procedimiento[53].

Con fecha 28 de junio de 2019, se dictó la sentencia de primera instancia en este juicio, que declara con lugar la demanda planteada por el piloto, resolviendo en su parte pertinente[54]:

(i) ***Sobre las excepciones previas planteadas:*** Todas tenían como fundamento la existencia del convenio arbitral, sin embargo, la jueza determinó que, pese a que a ella no le es vinculante el pronunciamiento que pueda haber hecho sobre su competencia el tribunal arbitral, a todo evento, ya se había cumplido el requisito de acudir al arbitraje señalando:

> En la Audiencia Única y en el momento de fundamentar cada excepción es que se denota que aquello a lo que hacía referencia en esta excepción es a un "convenio arbitral" de obligatorio cumplimiento para las partes, y se alega que por ello estoy en la obligación de inhibirme de conocer esta demanda y dejar que sea el tribunal arbitral el que conozca y resuelva

51. Código Orgánico General de Procesos, N. 7, Art. 153(10).
52. Ídem, Art. 153(1).
53. Ídem, Art. 153(4).
54. Unidad Judicial del Trabajo de Cuenca, N. 50.

> esta controversia surgida entre ANDICOAUDI S.A. y el señor Sergio Cardona Jiménez, más debo recordar que este proceso ya fue sometido ante el árbitro único […] quien dictó un Auto Inhibitorio por considerar que no tenía competencia dentro del caso puesto a su conocimiento, por tanto ya se cumplió incluso con aquello que consta en el contrato que fue presentado en aquel proceso y hoy en este que nos ocupa.
>
> No quiero con ello decir que aquella excepción que fue acogida por el señor árbitro sea para mí vinculante ni mucho menos, simplemente muestro que ya se sometió a las instancias que dice el demandado debieron ser sometidas, si el auto inhibitorio no le parece el correcto ello no quiere decir que no se cumplió aquello que hoy alega debe ser acatado[55].

(ii) ***Sobre la acción extraordinaria de protección:*** Se indicó que por mandato legal, esta no suspende los efectos del auto impugnado.

(iii) ***Sobre la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales:*** se determinó que se lograron probar todos los elementos de la relación laboral, y en consecuencia, se dispuso el pago de varios de los rubros reclamados por el piloto.

De la sentencia de primera instancia, ambas partes presentaron recursos de apelación: **(i)** el piloto solicitando que se ordene el pago de los valores que fueron declarados sin lugar; y, **(ii)** la compañía apeló alegando que no existe relación laboral y, subsidiariamente –en caso de que existiera–, los valores a pagar son menores.

A la fecha de elaboración del presente artículo, ambos recursos de apelación fueron concedidos para ante la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, sin que se haya dictado una sentencia de fondo, teniendo fijada como fecha de audiencia el 11 de septiembre de 2019.

55. Ibídem.

Sin embargo, resulta trascendental a efectos de lo que pueda resolver la Corte Constitucional, considerar que ya ha existido un pronunciamiento de la justicia ordinaria que determina que la naturaleza jurídica del contrato que contiene el convenio arbitral es laboral e inclusive se ha dispuesto el pago de valores. Con ello, en el supuesto de que se acepte la acción extraordinaria de protección, y el proceso regrese al Centro, el nuevo árbitro único que conozca la controversia se vería obligado a por lo menos tener en cuenta, previo a tomar una decisión de competencia o para dictar el laudo en caso de declararse competente, la decisión definitiva que tenga el juicio laboral, cuya existencia ya ha sido puesta en conocimiento de la Corte Constitucional.

3.3 Acción de nulidad de laudo arbitral: Instituto Fiscomisional Técnico Superior Salesiano c. David Gustavo Jiménez Landívar (Juicio 0010-2017)

3.3.1 El proceso arbitral

El Instituto Fiscomisional Técnico Superior Salesiano (en adelante, el Instituto) contrató los servicios del arquitecto David Gustavo Jiménez Landívar (en adelante, el arquitecto) para el contrato con modalidad llave en mano para ejecutar la construcción de la obra civil integral de edificación deportiva con la piscina semiolímpica en el Instituto Fiscomisional Técnico Superior Salesiano.

El Instituto consideró que existieron incumplimientos contractuales por parte del arquitecto por lo que demandó la terminación del contrato y la indemnización por daños consistentes en: **(i)** la devolución de los valores cancelados y aún no devengados por el arquitecto; **(ii)** la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; **(iii)** el pago de costas procesales que comprendería

la tasa del centro y los honorarios de los abogados defensores; así como **(iv)** la reparación del daño a la imagen pública de la institución en un diario de amplia circulación de la ciudad.

El arquitecto contestó la demanda con una negativa expresa, alegando que cumplió todas sus obligaciones a cabalidad, y que ha sido más bien el Instituto el que ha incumplido sus obligaciones, concretamente el pago de varias planillas y de dos cuotas correspondientes a los meses de febrero y abril de 2017, conforme la cláusula sexta del contrato, pues se había pactado que el pago de la obra se haría en parte mediante desembolsos pactados en fechas determinadas.

El arquitecto interpuso junto a su contestación una reconvención, mediante la cual el reclamó: **(i)** la terminación del contrato; y **(ii)** el pago de los daños y perjuicios causados. Entre los rubros que componían los daños reclamados se encontraba el pago de las cuotas correspondientes a los meses de febrero y abril de 2017. Cabe destacar que el arquitecto no solicitó dentro de su pretensión el pago de intereses respecto de estos valores pendientes.

Ninguna de las partes objetó la competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver la controversia y el caso fue resuelto por un árbitro único. El laudo fue dictado con fecha 07 de septiembre de 2018 y el tribunal resolvió declarar sin lugar la demanda, aceptando parcialmente la reconvención. En el laudo se dispuso, en su parte pertinente, la terminación del contrato y ordenó al Instituto:

> 2.- Que los señores [representantes legales del Instituto] cancelen en forma inmediata al [arquitecto] la cantidad que corresponde a la suma de los pagos que contractualmente debieron efectuar los meses de febrero y abril del 2017, con más los intereses correspondientes, *los mismos que se calcularán a la tasa máxima legal vigente a la fecha en la que se realice el pago y a partir de la fecha de la presentación de la reconvención* (énfasis añadido).

El Instituto interpuso una acción de nulidad en contra de este laudo, que fue conocida y resuelta por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

3.3.2 La acción de nulidad

El Instituto invocó en su demanda el literal d) del artículo 31 de la LAM que tipifica como causal de nulidad que "[e] l laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado"[56].

Se fundamentó la demanda en las dos hipótesis fácticas de esta causal, alegando: **(i)** que el laudo se refirió a cuestiones no sometidas al arbitraje, pues en la parte expositiva del laudo no se hace referencia alguna al libelo de la reconvención pero "paradójicamente, la parte resolutiva de la decisión arbitral, constituye aceptar parcialmente la pretensión de la contrademanda"; **(ii)** que el laudo concedió más allá de lo reclamado, principalmente por cuanto el reconveniente únicamente solicitó el pago de un valor determinado; y, **(iii)** que el árbitro de forma arbitraria se extralimitó disponiendo el pago de intereses calculados a la máxima tasa legal[57].

El arquitecto contestó la acción de nulidad manifestando, en su parte pertinente: **(i)** que la cuantía total de su reconvención es superior al monto que fue ordenado cancelar por parte del Instituto, por lo que mal podría hablarse de un laudo que concede más allá de lo reclamado; además **(ii)** el artículo 1575 del Código Civil impone el pago de intereses por mora y el árbitro debió aplicarlo en virtud del principio *iura novit curia*; y **(iii)** el COGEP prevé en su artículo 112 las causales de nulidad de una sentencia y, por tratarse de una norma más moderna y

56. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 4, Art. 31.
57. Corte Provincial de Justicia del Azuay, Presidencia, *Instituto Fiscomisional Técnico Superior Salesiano c. David Gustavo Jiménez Landívar,* Proceso No. 01100-2018-00002.

de rango orgánico estas causales prevalecen por sobre las del artículo 31 de la LAM, por lo que al no estar enmarcada la acción de nulidad de laudo en ninguna de estas, debía ser desechada pues "no pueden tolerarse en la unidad y coherencia del sistema jurídico dos regímenes distintos para la acción de nulidad, uno para la justicia ordinaria o común y otro para los laudos arbitrales cuyo valor es de sentencia".

Con fecha 06 de noviembre de 2018, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia dictó la primera sentencia en la historia del Azuay mediante la cual se declara con lugar una acción de nulidad de un laudo arbitral. Dentro de las partes relevantes de la motivación de la sentencia encontramos:

Respecto de los límites del juez que conoce una acción de nulidad

> Este Juez Presidente, está facultado para examinar si procede la causal de nulidad alegada por los actores, pero no tiene competencia para analizar el asunto de fondo, porque el laudo es un título de ejecución -Art. 362.2 COGEP- que no admite ninguna clase de recurso que no sea los horizontales de aclaración y ampliación.

Con esta argumentación, el Presidente inició delimitando el ámbito de su competencia, determinando –no en base al artículo 31 de la LAM, sino en base al COGEP– que no sería posible analizar el fondo del laudo. Se citó también el pronunciamiento que tuvo la ex Corte Suprema de Justicia en el caso *Latin American Telecom Inc. c. Pacifictel* que señala:

> [...] el objetivo de la acción de nulidad no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral [...] lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia

> ejecutoriada y de cosa juzgada [...]. No corresponde a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo [...], analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada[58].

Respecto de las causales por las que se puede declarar nulo un laudo y su relación con las causales de nulidad de sentencia previstas en el COGEP

El Presidente desechó la argumentación relativa a la prevalencia de las causales de nulidad de sentencia[59] señalando:

> Los motivos o causales para solicitar la anulación de un laudo se encuentran enumerados taxativamente en el art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje, causales de anulación que tienen dos características fundamentales: a) son taxativas y b) se refieren a irregularidades adjetivas o errores *in procedendo*, mas no a irregularidades sustantivas o errores *in judicando* […] respecto al laudo arbitral y la acción de nulidad, las causales son tasadas por el legislador […][60].

De lo transcrito se desprende entonces que el Presidente determinó: **(i)** que las únicas causales de nulidad de un laudo son las del artículo 31 de la LAM y no las del COGEP ni ninguna otra norma; **(ii)** que estas causales son taxativas; y **(iii)** que está vedado cualquier juzgador que resuelva una acción de nulidad de laudo, de revisar irregularidades sustantivas, debiendo limitarse única y exclusivamente a irregularidades adjetivos o errores *in procedendo*.

También realizó una precisión adicional respecto del argumento de la aplicabilidad de las causales de nulidad

58. Corte Suprema de Justicia, *Latin American Telecom Inc. c. Pacifictel*, Proceso No. 242-1007, 11/07/2007, RO Sup. 542 06/03/2009.
59. Código Orgánico General de Procesos, N. 7, Art. 112.
60. Corte Provincial de Justicia del Azuay, N. 57.

de sentencia reguladas en el COGEP en desmedro de la LAM, señalando que ambas normas coexisten en nuestro ordenamiento jurídico y no se contraponen al existir una especificidad en su ámbito de aplicación:

> En cuanto a lo que sostiene el demandado respecto al artículo 112 del COGEP, que prevalece y se impone estableciendo como causales de nulidad exclusivamente las señaladas en esa norma, en aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica que ordena la Constitución, el suscrito Juez considera que este artículo señala en aplicación del principio de especificidad y legalidad, las causas en las que una sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula, pretensión respecto a la cual tiene competencia para tramitar y resolver, el juez de primera instancia; la Ley de Arbitraje y Mediación establece por su parte las causales específicas respecto a la nulidad del Laudo Arbitral, por lo que no encuentro que la coexistencia de estas dos normas en nuestro ordenamiento jurídico, que si bien tratan respecto a causas de nulidad -de la sentencia y del Laudo Arbitral- afecte la unidad y coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, corrobora lo expuesto, que la Corte Nacional de Justicia, posterior a la vigencia plena del COGEP dictó la Resolución N ° 08-2017 que trata de las Reglas para el Trámite de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral, lo que ratifica la coexistencia de las dos normativas, porque no se contraponen y su propósito es específico y especial en cada caso[61].

Sobre la causal de nulidad prevista en el artículo 31(d) de la LAM

Ya en el análisis concreto de la causal, se desechó la primera hipótesis (referente a que el laudo se refirió a cuestiones no sometidas al arbitraje, al no referirse en su parte expositiva a la reconvención) argumentando que, en el laudo, si bien el árbitro no se refiere a las pretensiones de la reconvención, sí se refiere a las excepciones que ahí fueron propuestas, y que, conforme el artículo 95 del COGEP –referente al contenido de la sentencia escrita– es *permisible* que los hechos que constan

61. Ibídem.

en la sentencia puedan constituir una enunciación breve. Es decir, no existe una obligación del árbitro, al motivar su laudo, de narrar todos y cada uno de los antecedentes procesales sino únicamente los relevantes para la decisión.

Adicionalmente, la sentencia hace hincapié en que cualquier alegación que pretenda una nulidad, debe fundamentarse la influencia del hecho o acto impugnado en las garantías del debido proceso (principio de trascendencia) lo cual no se ha verificado en el caso concreto.

Respecto de la segunda hipótesis planteada (extralimitación por disponer el pago de intereses que no fueron solicitados), el Presidente determinó que, revisados el texto de la reconvención, así como la contestación a la reconvención, no cabe duda de que este rubro no fue solicitado por la parte reconviniente. Sin embargo, a efectos de aplicar la sanción de nulidad prevista en el artículo 31 de la LAM, consideró que debe interpretarse esta causal de nulidad "en relación con otras disposiciones […] que guardan plena armonía y concordancia"[62].

El Presidente manifestó que, con fundamento en el artículo 3 de la LAM el árbitro debía, por obligación del principio *iura novit curia* aplicar el las normas de derecho pertinentes así no hayan sido invocadas por las partes[63].

Para el caso concreto, y en virtud del artículo 37 *ibídem*, se determinó que las normas aplicables eran entre otras, el artículo 1575 del Código Civil –intereses por mora– así como en los artículos 140 del COFJ y 91 del COGEP que hacen referencia a las omisiones sobre puntos de derecho, disponiendo ambas normas en forma casi idéntica que, si bien los juzgadores deben aplicar el derecho que corresponda al proceso, así no

62. Ibídem.
63. Ibídem.

haya sido invocado o haya sido invocado erróneamente por las partes, existe una limitante que consiste en que el juzgador no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos por las partes.

Sobre la base de lo expuesto, el Presidente determinó que pese a existir intereses legales, no existe norma alguna en el Código Civil que faculte a un juzgador a ordenar de oficio el pago de intereses que no han sido reclamados, manifestando:

> Sobre el contenido de los artículos del Código Civil que invoca la parte accionada, para sostener que el Arbitraje siendo en derecho se los tenía que aplicar, y que lo que ha concedido, es el costo del dinero, por lo que se ha reconocido su derecho, *de su lectura no aparece que ellos faculten ordenar el pago de intereses de oficio, artículos como el 1575 se refieren a intereses convencionales, disposiciones especiales que autoricen el cobro de intereses, situaciones en las que el acreedor sólo cobra intereses, nada de aquello es aplicable a este caso, que conforme a la normativa procesal citada, más bien existe prohibición expresa de ordenar algo que no se solicitó en la pretensión* (énfasis añadido)[64].

Por último, el Presidente recalcó que la nulidad de un laudo arbitral debe ser declarada "en forma excepcional" y resolvió aceptar la acción de nulidad del laudo, por cuanto se ordenó el pago de intereses que no fueron reclamados.

Si bien esta sentencia no constituye jurisprudencia vinculante, resultará de consulta obligatoria como un precedente para futuras acciones de nulidad en el Azuay.

4. Consideraciones finales

El actuar de los diversos jueces y tribunales de la justicia ordinaria en los casos analizados nos ha dejado las siguientes reflexiones:

---

64. Ibídem.

i. Existen jueces ordinarios, como hemos visto en el caso de la acción de protección y la acción de nulidad, que respetan la alternabilidad del arbitraje, determinando que, por regla general, las decisiones emitidas en el marco de un proceso arbitral no pueden ser revisadas por la justicia ordinaria (al menos hasta el dictado del laudo), y que inclusive en el marco de una acción de nulidad (y consideramos que en una acción extraordinaria de protección también), no puede conocer ningún juez o tribunal ordinario sobre el fondo de la controversia ni revisar la decisión que se haya dado en el proceso arbitral.

ii. Por otro lado, resulta preocupante el criterio vertido por la sala de admisión de la Corte Constitucional que ha admitido a trámite una acción extraordinaria de protección en contra de una decisión (auto) mediante la cual el tribunal resuelve sobre su propia competencia para conocer una causa puesta a su conocimiento.

Independientemente de lo que se resuelva sobre el fondo de la controversia, constituye un precedente sumamente grave que la sala de admisión del máximo órgano de interpretación y justicia constitu cional, tácitamente –pues no existe fundamentación alguna al respecto– haya determinado que las decisiones de competencia de los tribunales arbitrales están sujetas a un control constitucional mediante la acción extraordinaria de protección.

Este hecho afecta uno de los principios elementales del arbitraje, el *kompetenz-kompetenz,* pues no es casualidad que la LAM (ley especial) no haya previsto un mecanismo de impugnación de estas decisiones, ni siquiera en el marco de una acción de nulidad como sí ocurre en otros países.

Se afecta también gravemente al principio de alternabilidad del arbitraje, puesto que, si el arbitraje está pensado para ser

autónomo, distinto e independiente de la justicia ordinaria, resultaría un contrasentido que las decisiones tomadas en el marco de proceso arbitrales puedan ser impugnadas ante la justicia ordinaria (imaginemos no solo el caso de decisiones de competencia sino decisiones respecto de los medios probatorios que se practicarán en una controversia, decisiones sobre recusación de árbitros, decisiones respecto de la prueba para mejor resolver, etc.).

Sobra decir que esto traería además diversas consideraciones de índole económico (costos de las partes y riesgos del proceso), pues al no suspenderse el acto impugnado mientras se discute en sede constitucional, existiría la posibilidad de que laudos firmes y posiblemente ejecutados puedan ser anulados ex post al determinarse que el tribunal tomó una decisión vulneratoria de derechos en un momento específico de la tramitación de un proceso.

No deja de ser interesante, sin embargo, el debate existente respecto de la tensión entre la alternabilidad del arbitraje y la imposibilidad de renunciar a (los mecanismos de tutela de) derechos constitucionales.

iii. La decisión tomada en la acción de protección, respetó la alternabilidad del arbitraje determinando que, mediante esta garantía, ningún juez constitucional puede analizar la legalidad o legitimidad de una resolución tomada en el marco de un proceso arbitral.

Esta decisión resulta extremadamente lógica y coherente, reforzando la alternabilidad y autonomía del arbitraje, aunque en cierto sentido paradójica, puesto que para defender la alternabilidad del arbitraje y su distinción o separación de la justicia ordinaria, se tuvo que recurrir a las semejanzas entre las funciones y facultades de los

árbitros en relación con los jueces, para poder justificar la causal de improcedencia constante en la LOGJCC.

iv. Si bien la sentencia de la acción de protección determinó la improcedencia de la garantía jurisdiccional en contra de la decisión de competencia de un tribunal arbitral, se declaró con lugar una medida cautelar constitucional que dispuso suspender la tramitación de un proceso arbitral.

Este hecho, constituye otra afectación a la alternabilidad del arbitraje puesto que, abre camino a que partes que no litiguen de buena fe, o incluso partes que estén poco familiarizadas con la naturaleza de un proceso arbitral, puedan pretender retardar las causas en que se vean inmersos vía la interposición de esta garantía constitucional, inclusive antes del dictado del laudo.

Imaginemos las consecuencias que podría traer al sistema arbitral, el que las partes puedan interponer medidas cautelares constitucionales que suspendan la tramitación de la causa, alegando que se pretende "evitar o cesar la amenaza o violación" de sus derechos constitucionales, violación que podría materializarse en los múltiples tipos de decisiones que puede tomar un tribunal arbitral, tal como se señaló en el punto ii) de este acápite.

v. En el juicio de acción extraordinaria de protección, resultaría interesante un pronunciamiento de la Corte Constitucional – más allá de lo discutible que puedan ser sus facultades respecto de este punto específico – en el que se determine **(i)** si efectivamente una decisión de competencia de un tribunal arbitral es susceptible de esta garantía constitucional y, en caso de ser afirmativa la respuesta, **(ii)** cuál es el estándar al que deben sujetarse los árbitros o tribunales arbitrales al momento de decidir sobre su propia competencia, precisamente al ser un tema

no del todo reglado en nuestro ordenamiento jurídico y cuya aplicación queda en la gran mayoría de casos a voluntad del tribunal (independientemente de las *buenas prácticas* que puedan existir y/o de lo que dispongan los reglamentos de los distintos centros).

Si bien el solo hecho de que exista un pronunciamiento semejante afectaría indiscutiblemente el principio *kompetenz-kompetenz,* pues se lo estaría reglando en cierta forma, no es menos cierto que serviría como un punto de discusión el saber, por ejemplo, si a criterio de nuestro máximo órgano de justicia constitucional, constituye una violación del debido proceso el que un tribunal analice y valore las pruebas aparejadas al proceso para tomar su decisión de competencia, o si los árbitros deben ceñirse al texto frío del convenio arbitral, estándoles vedado revisar pruebas que en muchos casos no han podido ser sujetas a contradicción o cualquier objeción de admisibilidad que podría tener una de las partes.

3. Sección

Ensayos Libres

El problema de la corrección en el Arbitraje en Equidad: una propuesta de modelo prescriptivo*

*Fernando Bajaña Tovar***

Recibido/Received: 30/06/2019
Aceptado/Accepted: 01/07/2019

Resumen: El régimen arbitral ecuatoriano establece dos posibilidades para el contenido motivo de sus fallos: **(i)** una fundamentación en derecho, sustentada en premisas legislativas, jurisprudenciales y doctrinales; y **(ii)** una argumentación inspirada en equidad, donde se conjugan estándares generales como el "leal saber y entender" y la "sana crítica". Es este último criterio, de aparentes inspiraciones éticas y filosóficas, el que graba dentro el arbitraje una mayor relevancia normativa, en la medida de que la ley arbitral

---

* El presente artículo es una adaptación del Trabajo de Titulación presentado para la obtención del título de Abogado, el cual se encuentra disponible en < https://bit.ly/2LSJTF3>.

** Miembro e investigador de la Fundación Arkhé. Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: fernando.bajana@cu.ucsg.edu.ec/fbajana95@gmail.com

F. Bajaña Tovar, "El problema de la corrección en el Arbitraje en Equidad: una propuesta de modelo prescriptivo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 10, 2019, pp. 81-112.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649 / rea1003



lo define como la modalidad resolutiva por *default*. No obstante, a contrariedad de la relevancia normativa que tiene el mecanismo *ex aequo et bono*, su desarrollo dogmático ha sido muy escaso. En tal virtud, el presente estudio pretende configurar un modelo prescriptivo de laudos equitativos, por medio del cual se defienda una tesis liberal del arbitraje en equidad, valiéndose para eso de criterios y principios económicos como los de eficiencia y de minimización de costos de transacción.

Palabras Clave: arbitraje en equidad, modelo prescriptivo, corrección, razones operativas, eficiencia económica.

Correctness problem in Arbitration in Equity: an approach to a prescriptive model

Abstract: The Ecuadorian arbitral regime establishes two possibilities for the content of its decisions: **(i)** foundation in law, based on legislative, jurisprudential and doctrinal premises; and **(ii)** an argument inspired by equity, where general standards such as fair 'knowing and understanding' and reasonable evaluation are combined. It is this last criterion, of apparent ethical and philosophical inspirations, that engraves within the arbitration a greater normative relevance, insofar as the arbitral law defines it as the default resolution modality. However, contrary to the normative relevance of the mechanism *ex aequo et bono*, its dogmatic development has been very limited, to this extent the present study is intended to shape a prescriptive model of fair awards, by means of which a liberal thesis of arbitration in equity is defended, by using the principle of economic efficiency and the transaction costs.

Keywords: arbitration in equity, prescriptive model, correction, operational reasons, economic efficiency.

1. Introducción

La práctica arbitral ecuatoriana admite dos alternativas para la estructuración de sus decisiones: **(i)** una cuya base se asienta en la aplicación teórico-ideológica del derecho; y, **(ii)** otra cuyo hilo argumentativo gira entorno a la idea de la equidad. Mientras que en el primer caso los árbitros expiden sus laudos basados "en la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina"[1]; para el caso de los laudos en Equidad la ley instituye una remisión prioritaria hacia el leal saber y entender de los componedores.

No obstante, independientemente de la alternativa elegida para la resolución de la controversia, uno de los principales asuntos que subyace en los estudios y reflexiones que se realizan sobre la materia es el relacionado con la idea de la corrección, esto es, el de cuándo se debe entender que una decisión ha sido correcta[2].

A modo de respuesta, la doctrina ha preferido centrar sus análisis en la comprensión de la relación que existe entre los criterios de corrección y algunos aspectos teóricos del derecho relacionados con su conceptualización, y sus procesos de aplicación, interpretación y argumentación. De estos enfoques, que, si bien han tenido como objeto principal el escrutinio de las decisiones judiciales, se han muchas de sus conclusiones en el tratamiento de los laudos adoptados en Derecho, sacando provecho del alto grado de convergencia estructural que comparten estas dos formas resolutivas, en la medida de que tanto sentencias como laudos *ex iure* se encuentras inspiradas profundamente en un modelo aristotélico de acople.

1. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 3, RO No. 145, 4/9/1997.
2. Este tipo de interrogante se puede presentar tanto de una forma abstracta y *a priori* -¿qué debe comprenderse por una decisión correcta?-, como de manera concreta y *a posteriori* -¿la decisión adoptada ha sido correcta?-.

Sin embargo, diferentemente de lo que se suscita entre sentencias y laudos en derecho, en lo que respecta a las decisiones en equidad, resulta poco factible replicar esta adaptabilidad de conclusiones; en primer lugar, producto de la complejidad que se evidencia para reproducir en modelos de resolución equitativa, un esquema clásico de subsunción de supuestos fácticos y enunciados normativos, partiendo desde prescindencia al menos teórica de normas regulativas que sirvan como premisa mayor.

Es así como, frente a la problemática que plantea la dificultad para adaptar los esquemas resolutivos típicos a la esfera específica del arbitraje en equidad, que el autor mediante el presente ensayo ha procurado bosquejar un camino prescriptivo para dar una posible respuesta a la interrogante de la corrección de los laudos arbitrales adoptados en equidad. Para ello, se diseñará y propondrá un modelo de corrección que facilite la comprensión autónoma de los elementos que confluyen en la argumentación de este tipo de decisiones; a los efectos se dedicará un énfasis especial a la explicación del funcionamiento de razones operativas extrasistemáticas de corte económico, y se acogerá una concepción material de la argumentación jurídica.

2. Presupuestos Conceptuales

Para iniciar esta exposición, resulta ineludible fijar ciertos presupuestos conceptuales que respalden una construcción narrativa armónica del modelo prescriptivo que se ensayará. De este modo, se comenzará por precisar el objeto de estudio al que se hace mención cuando se utiliza el vocablo *modelo*; y, la función semántica que ocupa el enunciado *corrección* respecto de este. Seguido a ello, se examinará la categoría de *decisión* en su sentido estricto, a fin de descubrir aquellas estructuras que organizan su anatomía y la forma en la que los criterios de *corrección* la califican.

2.1. Un modelo prescriptivo

Es bien conocido que la palabra *modelo* no sólo se aprovecha en un marco científico o doctrinal, siendo viable que se la escuche de forma indiscriminada y con una misma incidencia, tanto en conversaciones triviales como en contextos versados, dotándosele en cada caso de un significado distinto. En efecto, como lo retrata Moreno Villa[3], la versatilidad semántica del vocablo *modelo* llega a tal punto que es plenamente posible que dicha palabra se emplea para apuntar tanto a personas que se tambalean sobre pasarelas, como a esquemas de investigación o de representación de la realidad.

Por lo expuesto, y, con la finalidad de superar la connatural ambigüedad que esta palabra supone, es menester puntualizar que en lo venidero, en aras de prevenir cualquier tipo de confusión, a dicha palabra se le utilizará de conformidad con el significado con el que mayoritariamente se la identifica en el lenguaje de las ciencias; esto es, el de un "arquetipo o paradigma que posibilita una interpretación correcta a un sistema de axiomas, o, más genéricamente, la forma ejemplar que nos proponemos seguir para lograr la acabada ejecución de un proyecto [...]"[4].

Pero incluso bajo su definición científica es posible percatar una pretensión de singularización fallida, en fin, la definición que generalmente adoptan los relatos científicos sirve para reconocer a dos objetos diferentes. Como una posible solución a este problema, la epistemología le ha reconocido al concepto de *modelo* la derivación de al menos dos aplicaciones o funciones distintas. Así, por un lado, se habla de modelos, en el sentido de medio para "interpretación de hechos"; y, por otro; se aprovecha la palabra para representar una "formatización ejemplificativa" de alguna conducta determinada.

---

3. M. Moreno Villa, *Filosofía: Filosofía del Lenguaje, Lógica, Filosofía de la Ciencia y Metafísica*, Vol. I, Editorial MAD, 2003, p. 298.
4. Íbidem.

Esta dualidad semántica, ha servido para que se estandarice una subclasificación operativa de la categoría modelo, cuyo parámetro discriminador está dado por la operatividad o función específica que cada modelo desarrolla. A efectos de esto, se tiene modelos: **(i)** que actúan como esquemas que a través del lenguaje describen hechos de la realidad –idea de modelo como descripción–; y otros, **(ii)** que se encuentran dirigidos a hacer valoraciones y/o construir directrices prescriptivas para un ámbito específico –idea de modelo como axioma–.

Jerzy Wroblewski, uno de los primeros en adaptar esta tipología a las necesidades del Derecho, a mediados del siglo XX, agregó a esta subclasificación una tercera, la de los modelos de utilidad mixta, que servirían para poder responder conjuntamente a necesidades de descripción y normalización en un estudio. Posteriormente, Comanducci se inspiraría en el trabajo de Wroblewski y advertiría en este una importante aptitud para el abordaje analítico de los razonamientos jurídicos, toda vez que las perspectivas específicas que aporta configuran una taxonomía tripartita –a las que él llamará aproximaciones– que facultaría a la doctrina a adoptar modelos descriptivos, prescriptivos y teóricos en el estudio de resoluciones y sentencias[5].

Así, bajo las conclusiones de Comanducci, un modelo obedecerá a una aproximación descriptiva, cuando la pretensión de quien lo desarrolla es meramente narrativa. Aquello implica que quien lo usa se abstendrá a dar el detalle de las fases o actividades que el juez, u operador jurisdiccional, ha dedicado o dedica para la toma de una decisión específica; sea que se entienda al razonamiento jurídico como un circuito de actividades cognoscitivas, o, como una descripción valorativa de documentos probatorios y legales.

---

5. F. Carbonell Bellolio, "Elementos para un modelo de decisión judicial correcta", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2017.

Desde otro enfoque, los modelos teóricos configurarán representaciones simplificadas del razonamiento judicial, construidas a partir de ciertas variables de investigación que el autor elige libremente. Barberis señala, al respecto, que estos modelos se exteriorizan cuando el objetivo del investigador es el de conseguir una suerte de abstracción simplificada, alternativa y funcional del razonamiento de un juez[6] [7].

Finalmente, en lo que atiene a los modelos prescriptivos[8], aquellos no buscarían la descripción de un acto de decisión jurídica, o su explicación simplificada, sino que tendrían como finalidad el levantamiento de un juicio valorativo sobre la forma de decidir con una consecuente propuesta de directiva, enmarcada en la forma de un prototipo resolutivo[9]. En ese aspecto, lo que diferencia a las distintas aproximaciones una con otra, es que entretanto "los modelos normativos de pensamiento especifican el ideal [...]. Los modelos descriptivos especifican lo que la gente de una determinada cultura –en este caso jurídica– hace realmente y cómo se desvían de los modelos normativos [...]"[10].

Así las cosas, si regresamos la atención al objeto que se pretende modelar, esto es, las decisiones arbitrales en equidad, se vislumbra que existen al menos dos razones de orden

6. Barberis insiste en que por medio de los modelos teóricos se alcanza una representación **(i)** simplificada de la realidad, en la medida de que tan solo se atenderán los parámetros importantes para el hecho jurídico en estudio. Por otra parte, declara que **(ii)** el carácter funcional, vendría dado por el hecho de que se construyen para cumplir con fines específicos, sean cognitivos o directivos, que reportan utilidad para el autor del modelo. Finalmente, la alternatividad, de los modelos teóricos, la evalúa en su capacidad de reconstruirse según los parámetros que se escojan en cada ocasión.
7. M. Barberis, *Filosofia del diritto: Un'introduzione teorica,* Giappichelli, 2000.
8. No todos los autores concuerdan en identificar a los modelos normativos con los modelos prescriptivos, destacando de entre aquellos Gabuccio Cerezo, para quien si bien es cierto que mediante ambos modelos se busca dar respuesta a la pregunta ¿cómo deberíamos pensar? Los modelos prescriptivos se limitarían a "prescribir, en el sentido de recomendar, algunos modos de razonamiento o de enfoque particularmente apropiados a una determinada actividad" sin que se "trate de que haya únicamente una manera de hacer o de plantearlo". Mientras que por su parte los modelos normativos, pretendieron ser la única solución a dicha interrogante "son modelos que definen el mejor modo de pensar para lograr unos objetivos determinados".
9. P. Comanducci, *Razonamiento jurídico: Elementos para un modelo,* Fontamara, 1999.
10. J. Baron, *Thinking and deciding,* Cambridge University Press, 1983.

lógico y práctico para preferir que en su modelaje se acate una aproximación prescriptiva antes que a una teórica o descriptiva.

De esta manera, una primera razón para la preferencia de esta alternativa viene dada por el hecho de que **(i)** levanta poco interés investigativo y muy baja utilidad doctrinal centrarse a recrear un modelo de descripción de decisiones arbitrales en equidad. Hacerlo implicaría limitarse, en exclusiva, a relatar de forma puntual las actividades que han desarrollado los árbitros en el proceso del laudaje equitativo. Empero, a diferencia de la prevalencia que tienen los modelos descriptivos en las decisiones judiciales, cuya utilidad se puede ver en los repositorios de jurisprudencia, gacetas judiciales, entre otros; en el caso del arbitraje, aquellos no traducen mayor provecho para el desarrollo jurídico. Para esto se debe entender que tales narraciones, sobre la manera en la que los árbitros resolvieron determinado tipo de casos, dentro de un contexto histórico y geográfico específico, no podrán ser luego utilizadas como precedentes vinculantes o normas sistémicas para la resolución de otros casos, debido a la falta de unidad jurisdiccional, que caracteriza a los sistemas arbitrales. Esta eventualidad resulta plenamente impráctica, más aún si se considera la escasez, sobre todo en el contexto doméstico, de procedimientos arbitrales resueltos propiamente en equidad[11]. A lo que habrá que agregar el carácter reservado con el que se hallan protegidos muchos de estos procedimientos, lo cual dificultaría de sobremanera la posibilidad de descripción de dichos casos sin la afectación de derechos de terceros[12].

---

11. Así lo afirma Ana María Larrea, quien ha señalado: "estadísticamente, la mayoría de los arbitrajes administrados que se han sustanciado en el país, tomando como base las cifras de los Centros de Conciliación y Arbitraje de Guayaquil y Quito, han sido en derecho y no en equidad [...]. En consecuencia, los abogados no hemos tenido mayor contacto práctico con la aplicación de la equidad judicial o arbitral, lo que me lleva a concluir que, el que abiertamente se prefiera un arbitraje en derecho es el desconocimiento de lo que es la equidad, o la percepción de ser esta ajena u opuesta al derecho, y de consecuencias imprevisibles".
    A. M. Larrea, "Alcance y límites del arbitraje en equidad", *Revista Jurídica Online*, 2011, pp. 22-23.
12. En efecto, el artículo 34 de la LAM establece que: "Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral [...]". Norma semejante se lee, en el contexto del arbitraje internacional, en los artículos 28(3) y 34(5) del

En esta misma línea, **(ii)** es de poco provecho el desarrollo de un modelo teórico de decisiones en equidad, si se percata la carencia de elementos sustanciales para su construcción, esto como resultado de la conceptualización precaria y los esquemas residuales de interpretación y aplicación que imperan en la doctrina. Por tales consideraciones, se ha de preferir focalizar el presente estudio en la edificación de un modelo prescriptivo para la argumentación de laudos en equidad, que sirvan de directiva metodológica y referente axiológico a los operadores heterocompositivos.

De ahí que el contenido del presente ensayo será principalmente ideológico, entendiendo por ideología lo que la Filosofía Analítica instruye de esta, o sea, una referencia al deber ser antes que al ser de las cosas. Pues como bien se conoce, esta escuela filosófica diferencia la ideología de la teoría, por el hecho de que, mientras "la teoría versa sobre aquello que es y que puede ser objeto de descripción por parte de un individuo; la ideología versa sobre aquello que debe ser y cumple una función normativa que aspira a dirigir el comportamiento –de los árbitros– hacia la realización de determinados valores –la equidad–"[13]. Siguiendo esta concepción es factible afirmar que el carácter prescriptivo del modelo que se propondrá, en última instancia, dibuja un paradigma o guía del *deber ser* para los laudos en equidad; debiéndose derivadamente interpretar, como prescripciones axiológicas, cada una de las consideraciones que se expondrán adelante.

2.2. La idea de corrección y su adopción en el presente modelo

De manera semejante a lo que se suscita con el vocablo *modelo*, la función semántica de la palabra *corrección* se suele

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

13. F. Carbonell Bellolio, N. 5, p. 11.

tomar como consabida y no problemática. Que si tal acción fue correcta, o, que si tal no lo fue, constituyen afirmaciones que se oyen de modo cotidiano, sin que necesariamente en alguno de los casos, el hablante se moleste en confirmar la función que intenta desprender del ámbito de sus aseveraciones.

En este sentido, para entender la idea de *corrección*, algunos autores recomiendan concentrarse en el contexto en el que la palabra se emite y la relación que ocupa con las cosas circundantes u objetos de recepción. De esta manera, no es lo mismo hablar de *corrección* en un contexto concreto, que hablar de *corrección* de forma abstracta o genérica.

Bajo este ánimo ilativo, en su acepción genérica, se emplearía la locución *corrección*, en la forma del adjetivo correcto o correcta, para calificar positivamente o posicionar un signo de aprobación sobre una determinada conducta, hecho o descripción[14].

Así las cosas, si bien es irrelevante para el uso genérico de este vocablo, el objeto sobre el cual se está desplegando el juicio de corrección (da lo mismo si se hace sobre un juicio de valor, comentario o descripción), se puede prever que tiene más sentido que aquel se desarrolle sobre ciertas cosas por sobre otras; por citar un ejemplo, tiene mucha más lógica la expresión "la política de sanidad de la República Federal Alemana es correcta", y no así la afirmación "la montaña y el río son correctos". Esto se debe a que, por lo general, se acostumbra a dirigir el atributo corrección –o de verdadero, o certero– para cualificar hechos en los que ha intervenido la actividad racional del hombre[15].

---

14. Así lo ha expresado Carbonell Bellolio, al manifestar: "Por otra parte, el atributo "correcta/o" se aplica a diversas cosas, tales como enunciados o afirmaciones, acciones, conductas, normas y decisiones. Respecto de todas estas cosas existe intervención humana en alguna medida; por el contrario, estos términos no se emplean para calificar directamente eventos de la naturaleza, careciendo de sentido expresiones tales como "aquel terremoto es incorrecto" o "es correcto que hoy llueva". Ibídem.
15. Debido a que "las acciones, normas o decisiones tienen en común que son productos humanos susceptibles de evaluación en tanto conllevan una toma de posición ético-normativa". Ídem, p. 6.

Luego, desde una perspectiva abstracta del criterio de *corrección*, es viable notar que, desde este ángulo, la palabra sometida a estudio carece por sí sola de un contenido propio, es decir, que no refiere *per se* a categoría ideal o concepto alguno, limitándose a actuar como un contenido estructural. En palabras más sencillas, abstrayendo su aplicación de los casos concretos, la palabra *corrección* no tiene significado alguno, por cuanto solo es posible desprendérsele cierta connotación, cuando va acompañada de un objeto al que calificar, y de un parámetro prefijado que sirva como criterio de contraste o correspondencia. Así, resulta más acertado abordar a la *corrección,* en su concepción abstracta, como un señalizador de la existencia o ausencia de una relación de ajuste entre enunciados específicos y variables de contraste. De ahí que sólo se reporte un resultado positivo, y por lo tanto se diga que un objeto es correcto, cuando se reproduzca una relación de correspondencia entre dicho objeto y un sustrato, que generalmente corresponde a una tesis de la verdad[16] [17].

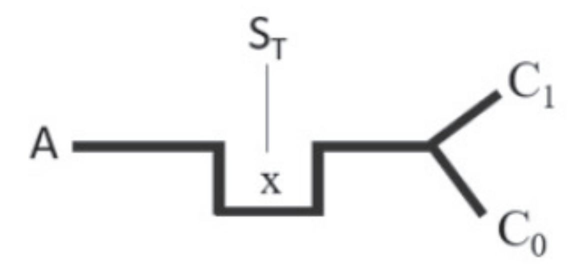


Figura 1: Representación abstracta de un juicio de corrección[18]

16. Bajo esta línea argumental, diremos que la palabra corrección, "funciona como un designador flexible de una relación de ajuste de cualquier contenido epistémico o axiológico –esto es, de una relación que se da entre diversas cosas y diversos parámetros– que se valora positivamente por quien emite el juicio". Ídem, p. 3.
17. Por consiguiente, si se actúa desde una teoría objetiva de la realidad, un enunciado descriptivo será correcto si lo dicho se corresponde con lo que se encuentra presente en el mundo exterior; pero si se emplea como parámetro de contraste a una teoría coherensionista, la corrección de un enunciado dependerá de la congruencia que guarde con el resto de los enunciados que conforman un sistema. Por lo que se puede ver que el resultado del juicio de corrección varía en cada caso, según el sustrato teórico que se le aporte.
18. Se observa que el juicio corrección desde una perspectiva abstracta, funciona como un contenido estructural, donde la corrección (C1) o incorrección (C0) de un objeto (A) depende de su

Mas ninguno de estos enfoques son lo suficientemente útiles para el ámbito del estudio propuesto, por cuanto al no perseguirse la creación de un modelo de decisión que se limita a calificar de forma vaga la apariencia de positividad o negatividad de un razonamiento jurisdiccional –pretensión aprobatoria–, es absurdo concentrarnos en un enfoque genérico del juicio de corrección; y, como se vio al final, un enfoque abstracto resulta inerte mientras no se le otorgue un sustrato teórico que sirva como elemento de contraste para dicho juicio.

Frente a esto, un planteamiento concreto del juicio de corrección, evidencia ser la salida más acertada para la calificación de las decisiones arbitrales en equidad. No obstante, una concepción concreta exige la determinación previa del objeto a calificarse, en este caso, la decisión en sentido estricto, y el sustrato teórico que fungirá de parámetro o estándar de calificación. Como consecuencia de lo expuesto, se pasará a definir lo entendido por decisión arbitral –objeto de calificación–, con un especial repaso en los laudos en equidad; mientras que en lo relativo al sustrato de contraste, aquel se expondrá gradualmente como una identificación al criterio económico de eficiencia.

2.3. El objeto del juicio de corrección: la decisión en equidad

Bajo la categoría de decisión jurisdiccional es posible denotar tanto: **(i)** la serie de pasos que constituyen el procedimiento que un operador jurídico despliega a la hora de resolver una controversia; como, **(ii)** el resultado final que se desprende de dicho procedimiento. Por consiguiente, se puede identificar por medio de esta noción:

> [...] tanto a la formulación de las partes que componen este procedimiento [premisas justificadas] como el resultado o

correspondencia con un sustrato teórico prefijado (St), que por lo general lo conforma una teoría de la verdad.

> decisión final [conclusión], que se obtiene de la subsunción de la premisa fáctica –cadena de enunciados referidos especialmente a hechos– en la premisa normativa –cadena de enunciados cuyo contenido son especialmente normas–[19].

Estas dos alternativas de significación se van analizar durante el presente estudio, de manera tal que se pueda averiguar las formas de interacción que se suscitan entre el criterio, o los criterios de "corrección", y cada uno de los componentes/etapas que se hallan al interior de los laudos en equidad, para lo cual se profundizará previamente en la examinación de cada uno de dichos elementos.

Llegado este punto, es necesario destacar que, pese a que ha sido una afirmación constante dentro de la doctrina procesal, la estimación de las decisiones jurisdiccionales como estructuras subsuntivas, que relacionan un elemento de tipo fenomenológico con otro de carga normativa[20]; dicha configuración típica y bipartita, exhibe una serie de complicaciones a la hora de explicar los laudos en equidad, en especial en lo concerniente a dos situaciones. La primera y más evidente, está dada por **(i)** la obligada prescindencia de normas jurídicas positivas en este tipo de decisiones; lo que a *prima facie* impide la obtención de una premisa mayor para el silogismo decisorio; y, la segunda, no tan evidente como la primera, consiste en **(ii)** la imposibilidad de la composición de premisas fácticas –siguiendo el modelo tradicional de selección de hechos–, como una derivación del primer problema, en cuanto la ausencia de normas positivas que procedan como

19. F. Carbonell Bellolio, N. 5, p. 3.
20. Esta es la idea que Atienza ha expuesto, cuando ha indicado que: "Suele decirse que el silogismo subsuntivo, la subsunción, es el esquema general de argumentación en la justificación judicial. O, dicho en otra terminología, constituye la justificación interna del razonamiento judicial. Esto es aproximadamente cierto, en cuanto la premisa normativa [final] de razonamiento judicial es, en general, una regla de acción que tiene la forma: 'si se da las circunstancias o condiciones de aplicación X (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción Y'. A partir de aquí, todo lo que se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de la norma.". M. Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, 2013. p. 183.

premisas mayores, imposibilita la existencia de un punto de referencialidad para la fácil discriminación y selección de los enunciados fácticos,[21] los cuales generalmente se escogen a partir de las exigencias probatorias contenidas en la propia norma positiva.

Es este el motivo por el cual, en lo tocante a la forma de dirigir el juicio de corrección sobre los elementos del laudo en equidad, no se seguirá la clásica división formal de razones, en premisas fácticas y premisas normativas, ya que, tal como se va a destacar luego, el presente análisis optará por una concepción material y práctica de la argumentación jurídica, desde la cual es viable operar sin referencia a normas sistémicas y autoritativas, ensayándose para el presente caso, el uso de varios principios de orden axiológico, principalmente de aquellos que los filósofos y teóricos han encasillado dentro de las teorías de la justicia, sobre todo en lo relacionado con los principios de eficiencia y distribución que instruyen Pareto y Coase.

3. De la concepción formal a la concepción material del razonamiento jurídico

De forma general, los operadores jurisdiccionales, incluyendo jueces y árbitros, fundamentan sus decisiones en enunciados normativos obtenidos a partir de reglas válidas que configuran el sistema jurídico, a los cuales acoplan otros enunciados de carácter descriptivo donde se contienen afirmaciones o negaciones sobre la realidad. Este esquema de pensamiento, que se conoce como silogístico o subsuntivo, constituye el exponente principal de la concepción lógica de la

21. A pesar de que la obtención de premisas fácticas puede parecer un grave problema desde una perspectiva clásica de toma de decisiones, producto de la ausencia de normas positivas que puedan utilizarse como criterio de discriminación y selección de hechos; dicha idea pierde peso si se considera que el lugar de las premisas normativas dadas por reglas de acción puede ser suplido por nomas extrasistémicas, e inclusive por algunas normas con rasgos sistémicos particulares, como lo sería por ejemplo la fuente de la controversia, *v.gr.* el contrato infringido.

argumentación jurídica, concepción cuya centralidad gira en torno a las inferencias formales.

Ora, como instruyen Atienza y Ruiz Manero este modelo argumentativo no puede siempre ser recreado en las decisiones, ya que al hallarse supeditado su funcionamiento a la existencia de reglas de acción, esto es, "pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones que se caracterizan porque [...] –y que– su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contienen un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción y su calificación deóntica"[22], cuando dicha clase de normas se hallen ausentes o impedidas de utilizarse, como en los casos de derrotabilidad de reglas o expresa prohibición, la aplicación de dicho arquetipo resultará frustrada[23].

En este sentido, el levantamiento de un análisis sobre el segundo y tercer inciso del artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM), nos permitirá admitir o rechazar la presencia de una situación de derrotabilidad de normas sistémicas –en especial de reglas de acción–, y detectar así la oportunidad o improcedencia de la aplicación del modelo lógico subsuntivo al interior del arbitraje en equidad. La norma precitada, sanciona: "Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. [...] Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley [...]"[24]. Texto

---

22. M. Atienza & J. Ruiz Manero, "Rules and Principles Revisited", *Associations Journal for Legal and Social Theory*, Vol. 4, No. 1, 2000. p. 9.
23. En efecto, puede presentar el caso de que las reglas que versen sobre la materia de la controversia estén expuestas siguiendo un patrón finalista y no de acción, donde el consecuente no expresa una orden, prohibición o permisión conductual específica, sino que su contenido deóntico contiene la exigencia de alcanzar cierto estado de la realidad –cumplir con cierto fin–. Asimismo, se puede presenciar situaciones donde los operadores jurisdiccionales tan solo cuenten con principios.
24. LAM, Art. 3(2)(3), RO No. 447. 20/12/2006.

del cual se pueden extraer al menos dos interpretaciones disímiles.

La interpretación más extendida, y con mayor acogida en la práctica arbitral, sostiene que la norma transcrita no precisa una diferenciación insuperable o disyunción excluyente entre dos sistemas arbitrales, sino que más bien expone una relación copulativa entre el arbitraje *ex aequo et bono y el stricti iruis* –interpretación conservadora–. Por consiguiente, para quienes defienden esta idea, en el arbitraje en equidad, el hetercomponedor no está compelido a decidir en desatención de las fuentes clásicas del derecho, más bien tendría la obligación de hacerlo. Por ende, el carácter equitativo del laudo desde esta perspectiva, gravita exclusivamente en la contingencia de que los árbitros realicen una interpretación más flexible de la norma, ante su vacío o ambigüedad.

Entre los tratadistas ecuatorianos ha sido esta tendencia, de corte conservador, la que más ha prevalecido, siendo un ejemplo paradigmático de esta tendencia, la defensa que Ana María Larrea ha realizado sobre la misma, cuando ha afirmado que:

> [...] debemos colegir, que el fallo en equidad parte siempre del derecho, y solo de encontrarse que las disposiciones aplicables al caso resultan injustas, o existe vacío legal, procedería –el árbitro– a buscar la solución justa que el legislador se habría planteado, teniendo presente el objetivo de la ley, para ese mismo caso concreto, y según su conciencia[25].

Por otra parte, la segunda variante interpretativa del artículo precitado –tesis liberal–propone un sentido totalmente opuesto de entenderlo, por cuanto, para dicha modalidad interpretativa, el legislador al momento de hacer la categorización por la que distingue entre dos paradigmas de resolución arbitral: en equidad y en derecho, ha buscado edificar dos esquemas excluyentes de decisión cuyas modalidades argumentativas

25. A. M. Larrea, N. 11, p. 36.

son incompatibles. Así pues, mientras en el arbitraje en derecho lo primordial para la justificación del laudo es la alusión a normas sistémicas; en el arbitraje en equidad, lo conveniente sería recurrir a razones o premisas de fuera del sistema jurídico, o, dicho de otra forma, el estructurar un razonamiento a partir de premisas no autoritativas.

Por consiguiente, la falta de normas sistémicas en el arbitraje en equidad –máxima que defiende la segunda tendencia– colocaría en jaque a la funcionalidad de los modelos de razonamiento con bases silogísticas, toda vez que, al llevarse acabo de toda la operación de decisión en ausencia de normas regulativas, no habría elementos a los que se les puede atribuir la calidad de premisas mayores, pieza clave en los procesos de silogismo arbitral. Se advierte, entonces, por contraste, que un modelo argumentativo formal solo podría funcionar al interior del arbitraje en equidad, bajo una interpretación conservadora del artículo 3 de la LAM[26], en la medida que únicamente bajo este esquema se les impele a los árbitros la referencialidad a razones sistémicas.

Ante lo expuesto, es un deber del autor discernir entre las dos corrientes expuestas, con objeto de esclarecer si la concepción argumentativa en la cual amparará su modelo prescriptivo apelará a una representación lógico inferencial; o más bien, a alguna especie de lo que la doctrina denomina lógica material o argumentación práctica, donde la centralidad de la forma y las inferencias es suplida por la medición de la fuerza y relevancia de las razones que se ofertan. En su tarea, el autor abonará cuatro razones para preferir una noción liberal del arbitraje equitativo sobre una conservadora, rechazando los argumentos brindados por la doctrina mayoritaria para la defensa de esta última alternativa.

---

26. LAM, N. 24, Art. 3.

Entonces así se puede ver, en primer lugar que, **(i)** carece de propósito que el legislador, al momento de establecer una norma que instaure dos alternativas para la elaboración de laudos, simplemente haya deseado que dicha categorización se tome por inútil, en el sentido de que las estructuras y razones de un modelo arbitral, ya sea en derecho o en equidad, al final resulten libremente endosables y utilizables en otro. En fin, si en el arbitraje en equidad se debería partir aplicando las mismas estructuras que se utilizan en el arbitraje en derecho, tal como lo afirma la interpretación conservadora del artículo 3 de la LAM, se estaría admitiendo una aplicación conjunta del modelo equitativo y el jurídico *stricti iuris,* lo que a su vez implica, que la relación entre dichos modelos sería de tipo copulativa, es decir incluyente. No obstante, si esta hubiera sido la intención del legislador, ¿acaso no hubiera sido más útil que aquel construya una sola regla que mande que en los litigios arbitrales se resuelva aplicando tanto el derecho como la equidad?

Colegida de la primera razón, **(ii)** la mentada relación copulativa que habría entre arbitraje en derecho y arbitraje en equidad, tal como lo instruye la escuela conservadora, adolece en el fondo de una unidireccionalidad injustificada. Lo dicho se observa por cuanto, si bien los defensores de la corriente conservadora abogan para que en el arbitraje en equidad se apliquen normas del derecho positivo, no siempre consienten una funcionalidad inversa de esta maniobra; es decir que, en el caso de arbitrajes en derecho, se motiven los laudos en "principios de equidad", como lógicamente tendría que suceder si se estuviera frente a una relación lógica de copulación o inclusión.

Desde esta perspectiva, **(iii)** tampoco resulta del todo convincente que el arbitraje en equidad sea entendido como una variante en la cual el árbitro está permitido de corregir la sobreinclusión o infrainclusión de las reglas (interpretación flexible), por cuanto dicha conclusión dotaría a la modalidad

ex aequo et bono, de un carácter residual y supletorio, al comprender que sólo habría de operar cuando las reglas jurídicas posean generalizaciones inadecuadas, o en otras palabras, cuando una "regla no incluye casos que deberían incluirse o porque incluye casos que no deberían incluirse"[27]. Esta idea podría llevar a pensar que únicamente en los casos donde las partes hubiesen pactado un arbitraje en equidad, es factible corregir la distorsión deóntica de las normas regulativas, hallándose, por ende, dicha posibilidad vetada de los arbitrajes en derecho. Pero, ¿acaso no es posible que en un arbitraje en derecho las reglas a aplicarse adolezcan de sobreinclusión o infrainclusión?

Para finalizar, **(iv)** la promoción de la tendencia conservadora terminaría contrariando a los principios más íntimos de la institución arbitral; en efecto, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes terminaría comprometido. Si el convenio de las partes sobre una alternativa resolutiva en específico no interfiere en nada para que los árbitros apliquen estructuras de las dos e inclusive de la otra, ¿cuál es el sentido de este principio?

Por todo lo expuesto, el autor concluye que lo más apropiado en pro de una mayor autonomía teórica y metodológica para el arbitraje en equidad lo es la defensa de un enfoque liberal de aplicación, mediante el cual se vislumbre a esta modalidad resolutiva como un esquema independiente de decisión, que no se halla subordinado al tipo de premisas formales y sistémicas que se emplean clásicamente en los laudos adoptados en derecho y las decisiones judiciales.

En consecuencia, al momento de decidir, en el arbitraje en equidad, el razonamiento decisorio no deberá recrear una secuencia de proposiciones o enunciados lingüísticos

27. M. Atienza, N. 20, p. 298.

dispuestos según una forma específica (silogismo categórico, *modus ponens*, etc.); en su lugar, la actuación argumentativa de los árbitros deberá acoger una concepción material y práctica, en virtud de la cual, el elemento esencial de la decisión judicial lo constituirán razones sustantivas, moderadas según su fuerza y relevancia, antes que por su forma. Como producto de esto, "el centro [de la argumentación] se situará entonces, en las premisas, pero no entendidas en cuanto enunciados con una cierta forma, pues lo que interesa aquí es precisamente, su contenido de verdad y de corrección: la premisa"[28].

3.1. Razones sustantivas

Para empezar, tal como se sostuvo antes, el principal signo distintivo del arbitraje en equidad está dado por un supuesto de derrotabilidad radical de reglas, el cual se origina siempre que "de acuerdo con el derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a los que el propio derecho establece"[29]. Esta última idea, inferida de la interpretación liberal del segundo y el tercer inciso del artículo 3 de la LAM.

En virtud de esta noción, para que un determinado argumento o premisa pueda ser tomado en cuenta dentro de un ejercicio resolutivo en equidad, esta debe estar dotada de dos propiedades esenciales; a saber: **(i)** poseer la aptitud para ser utilizadas en contexto argumentativo material y práctico; y, además, **(ii)** poder contestar al tipo específico de razones que se conoce como extrasistémicas.

Ahora bien, aunque a *prima facie* pueda aparentarlo, el uso de premisas extrasistémicas en decisiones jurisdiccionales,

28. Ibíd, p. 275.
29. A. Rodenas Calatayud, "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *DOXA,* No. 24, 2001, p. 77.

inclusive en sede judicial, está lejos de ser un fenómeno novedoso para el mundo del derecho, y, *a contrario sensu*, como bien señala Atienza: "en los argumentos jurídicos, en sentido amplio, algunas de las premisas que figuran en los mismos provienen del propio sistema jurídico, son enunciados del sistema jurídico, mientras que otras son extrasistemáticas […]"[30]. Sin embargo, lo particular del modelo que se propone es que, en aquel, a diferencia de lo sucedido al interior de las decisiones judiciales con los enunciados extrasistémicos, donde ocupan el lugar de premisas fácticas, para el presente caso, cumplirán un funcionamiento semejante al de una premisa normativa. Sobre esto, y antes de avanzar al detalle de las razones que se usarán en nuestro modelo prescriptivo, es conveniente anotar que el mantenimiento de la clásica división de las premisas, entre fácticas y normativas, poco o nada aportan en la presente situación. Y es que, como se dijo antes, el clásico acople silogístico de premisas menores –fácticas– en premisa mayores –normativas–, no se reproduce dentro de un contexto material y práctico de argumentación jurídica, como el que se ha defendido. Así las cosas, resulta más prudente valerse de una clasificación como la de Raz para quien las razones, sin importar su carácter descriptivo o deóntico, deben clasificarse según la fuerza o relevancia que ocupan al interior de un razonamiento, en operativas y auxiliares; de tal modo, las primeras configuran "la premisa del deber ser, que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción"[31], por su parte configuran "un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa"[32].

Dada esta diferenciación, y en consonancia con el objeto de este estudio, el autor se limitará a prescribir razones de tipo operativo, considerando que, si bien es factible establecer un mandato deóntico general aplicable a todos los casos de

30. M. Atienza. N. 20, p. 284.
31. J. Raz, *Razón práctica y normas*, CEC, 1991, p. 189.
32. Ibídem.

decisiones en equidad, lo mismo no puede suceder con las premisas auxiliares, ya que las razones auxiliares o de soporte que se otorgan para la justificación de un laudo, cambiarán según los hechos particulares que motivan cada controversia, imposibilitando su prescripción generalizada.

3.2. El juicio de corrección: las razones y la decisión en equidad

Frente a este escenario, y recordando que, de conformidad a lo tratado previamente, los laudos en equidad deben abordarse bajo una concepción material de la argumentación, según la cual "las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas, las cuales comprenden tanto razones morales, como éticas y pragmáticas"[33]. Se había explicado el por qué de la necesidad de basar las decisiones de los laudos en equidad en premisas sustantivas, esto es, razones que "no supongan apelaciones a la autoridad [y que] […] consistan en consideraciones morales, económicas, políticas o de otro carácter social"[34]. Por tales motivos, en el presente ensayo se probará cómo el criterio paretiano de eficiencia puede constituir un importante pilar argumentativo para este tipo de decisiones.

Desde esta óptica, el óptimo de Pareto cumpliría dos funciones específicas dentro de nuestro modelo prescriptivo. Así, cumple las veces de: **(i)** una razón operativa, cuyo contenido normativo, descrito con la fórmula de ajuste mundo a lenguaje, establece que: "los árbitros en su decisión deben alcanzar una distribución eficiente entre los intereses económicos de ambas partes"; y, **(ii)** de un sustrato teórico de contraste para la determinación de la corrección de la decisión propiamente dicha, y el resto de razones auxiliares.

---

33. R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, 2010, p. 38.
34. R. Summers, "Two types of subsuntive reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", *Cornell Law Review,* No. 63, p. 716.

En lo que refiere a la primera función, **(i)** Pareto establece que una asignación de bienes es eficiente cuando no sea posible realizar ninguna modificación de esta que implique una mejora en la situación de algún sujeto, sin el empeoramiento en la de otro[35]; es decir, una asignación *(A)* es eficiente *(Ef)* si no existe otra posible, que mejore las situaciones de ambas partes, o, por lo menos, la de una sin dañar la de otra.

Inspirado en esta noción de eficiencia, en nuestro modelo prescriptivo de laudo en Equidad, el criterio de asignación *(A)* es sustituido por el de decisión arbitral *(DA)*, y las variables de bienes y eficiencia son suplidas por las de interés procesales *(IP)* y corrección de laudo *(CL).* Consecuentemente, lo que se busca mediante esta relectura del óptimo de Pareto y su adaptación al mundo arbitral, es la comprensión de las decisiones equitativas, como un caso de distribución eficiente de cargas económicas deducidas en los actos procesales.

Para comprender de mejor manera esta noción, lo primordial es partir desde las teorías que explican la naturaleza del proceso, específicamente el grupo que describe a dicha institución como una relación jurídica transmutada, o sea, una relación obligacional privada que ha derivado en una relación procesal de carácter público. De esta forma, las prestaciones recíprocas de la relación original –generalmente contractual– se convierten en los actos procesales de acción y de excepción, más específicamente en sus contenidos económicos. Es esta la razón, para que, de forma general en los procesos jurisdiccionales, y, específicamente en aquellos que se desarrollan dentro del sistema arbitral, donde las materias están vinculadas con pretensiones transigibles, se evidencie que tanto la pretensión que contiene la acción, como la excepción que se le opone en la contestación, engloban intereses para la satisfacción de necesidades materiales, el lucro en el caso del actor y el ahorro

35. K. Case & R. Fair, *Principios de Microeconomía,* Pearson, 1997, p. 306.

en el demandado[36]. De ahí, que el papel del árbitro en equidad, desde esta nueva perspectiva, no sería otro que el de actuar como un tercero imparcial que se encarga de efectuar una distribución eficiente y equilibrada entre los intereses económicos de ambas partes, siendo esta la máxima que pasaría a inspirar toda reflexión efectuada al interior del arbitraje en equidad[37].

Por citar un ejemplo, en una controversia donde *i* reclama la solución forzosa de un contrato de compraventa a *j;* la pretensión de *i* por lo general residirá en hacerse con el pago del bien vendido; por su parte, la excepción natural de *j* naturalmente será el ahorrarse dicho pago. Lo que evidencia que, en ambos casos, la intención de las partes es la de salvaguardar un interés de utilidad para sí.

No obstante, los intereses económico-procesales de las partes se hallan ligados de forma irrompible, siendo errado observarlos individualmente, con tal suerte que su expresión adopta la forma de una relación inversa, donde a mayor satisfacción del actor hay una menor satisfacción del demandado; frente a este aspecto, el árbitro estaría obligado a alcanzar el más alto nivel de satisfacción de una de las partes sin que implique un daño para la otra.

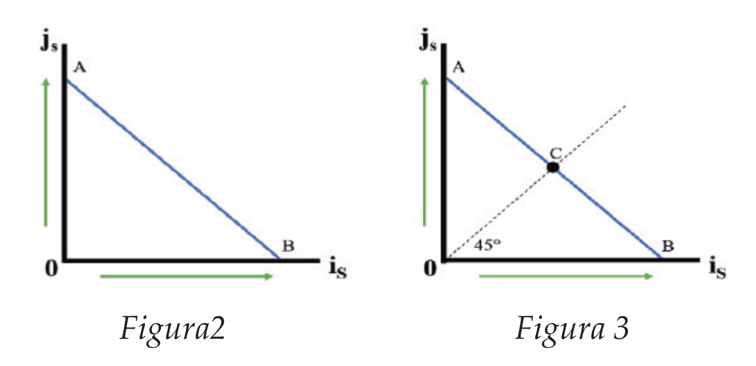


Figura2 *Figura 3*

36. El estudio de la satisfacción de necesidades materiales es el objetivo central de la Economía, de ahí la validez metodológica del empleo de criterios propios de dicha ciencia como razones operativas en la resolución de procesos arbitrales. Véase, D. Pedregal, *Manual de Microeconomía: Todo lo imprescindible para entenderla,* Ediciones Lulú, 2011, p. 2.
37. J. Silva Vallejo, "Los fundamentos científicos del Derecho Procesal", *Themis,* No. 14, 1989, p. 25.

Así, las cosas, como se desprende de la *Figura 2*, la recta AB tiene una pendiente negativa que demuestra que a mayor satisfacción (↑) del primer sujeto *(js)* menor es el beneficio (←) del segundo sujeto (i_s); pasando lo mismo a la inversa, a mayor satisfacción (→) del segundo sujeto *(i_s)* menor es el beneficio (↓) del primero *(j_s)*[38]. Por consiguiente, la salida eficiente de distribución en estos casos siempre corresponde a un punto de equilibrio C[39], donde la recta AB es cortada de forma imaginaria por un vector originado a los 45° del vértice 0, punto en el cual los intereses de ambos sujetos se encuentran estimados de forma equitativa. Rawls ha señalado al respecto, que una decisión en la cual "la línea de 45° indica el lugar de la distribución equitativa [...] supone una interpretación cardinal interpersonal de los ejes"[40]; de lo que se infiere que un laudo arbitral adoptado en equidad que acoja como referencia cardinal un punto C de distribución, como razón operativa, además de alcanzar una repartición eficiente de cargas económicas dentro de una relación procesal, responde de forma objetiva a una idea de Equidad, aunque de forma impersonal y objetiva.

En virtud de lo antedicho, la propuesta de la óptima de Pareto como razón operativa de los laudos en equidad, puede vislumbrarse como acertada por su carga teórica y su utilidad práctica. En fin, al funcionar este tipo de resoluciones con exclusión de normas sistémicas, especialmente de reglas de acción, lo que más natural resulta es emplear una norma sustantiva, que observe a la controversia arbitral, no como un ente institucional del derecho, sino como un fenómeno transaccional de la economía, cuya distribución y eliminación de externalidades ha sido puesta a la orden de un tercero imparcial.

---

38. El eje horizontal representa los intereses de i, por lo tanto, el incremento en satisfacción se mide hacia la derecha alejándose del punto de origen 0º; con j sucede lo propio en el eje vertical, pero de forma ascendente.
39. En adelante se llamará punto C, a un punto ideal de distribución dado a los 45° de un vector AB.
40. J. Rawls, *Teoría de la Justicia,* Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 75.

Por otro lado, **(ii)** en su rol de sustrato teórico de contraste para la determinación de la corrección de las decisiones propiamente dichas y de sus razones auxiliares; el criterio paretiano de eficiencia, funciona de forma semejante a como lo hace el criterio de verdad absoluta o verdad objetiva de Popper; a saber, el de un ideal regulativo. Debido a lo cual, los árbitros frente a la dificultad de encontrar en todos los casos un punto perfecto de distribución eficiente; se hallan obligados a optar por una decisión que contenga la variante de distribución con el mayor grado de correspondencia con el ideal de eficiencia absoluta.

En igual sentido, la corrección de las razones auxiliares dependerá del nivel de aproximación o distancia que tengan aquellas con la razón operativa. De ahí que, en analogía a lo que Popper señala no es completamente necesario –o no es siempre posible– que una razón, en especial las auxiliares, cubra integralmente el criterio de eficiencia, puesto que, para estimarla razonablemente correcta, solo hace falta que alcancen a dicho criterio con una gradualidad importante. Al respecto, si se toma como parámetro de estudio la *Figura 4*, el proyecto de decisión *x*, y las razones que la soportan, se debe preferir sobre los proyectos de decisión *z* y *y*, en la medida de que el primero conserva una mayor aproximación al ideal resolutivo c –grado 45°–.

Para explicar esta idea, si configuramos como hipótesis de estudio, que un tribunal arbitral debe laudar en equidad, una controversia donde las partes celebraron un contrato de arrendamiento de un vehículo para uso no comercial, en el cual el arrendatario se obligó a devolver el vehículo materia del contrato en el mismo estado que tenía cuando se le fue entregado; devolviendo posteriormente con un daño que compromete el 20% de la funcionalidad del vehículo. Sin embargo, también se conoce que el vehículo gozaba de un seguro contra daños que cubría hasta un 15% de deterioros –

sin importar la causa de estos–. Los árbitros como se dijo antes, al estar constreñidos a buscar un reparto eficiente de las cargas e intereses económicos de las partes, de forma tal que no sea posible realizar una modificación en tal distribución sin que se traduzca en un empeoramiento de una de las partes; deberán preferir una decisión en la cual se le ordene al demandado el pago de un valor equivalente a la parte que no se hallaba cubierta por el contrato de aseguramiento, es decir el 5% excedente al porcentaje protegido por la prima. En este sentido, con esta decisión se tutela de forma equitativa los intereses económicos de ambas partes, en fin, se manda que se le pague al actor aquel monto de dinero en el cual no hubiese incurrido en su *status quo ante*, en fin, el costo de la prima habría sido un gasto que el arrendador hubiese asumido así no se hubiese presentado el siniestro del vehículo. Esta solución hipotética no habría podido operarse en un ejercicio de resolución *stricti iuris*, por cuanto en dicho caso la lectura de la controversia hubiera sido netamente jurídica, y se hubiera compelido al demandado al pago total del daño efectuado. Sin embargo, como se dijo antes, no siempre es posible alcanzar una solución tan matemática como el de la hipótesis, lo importante es que la decisión logre el mayor grado de aproximación con el ideal resolutivo *C*.

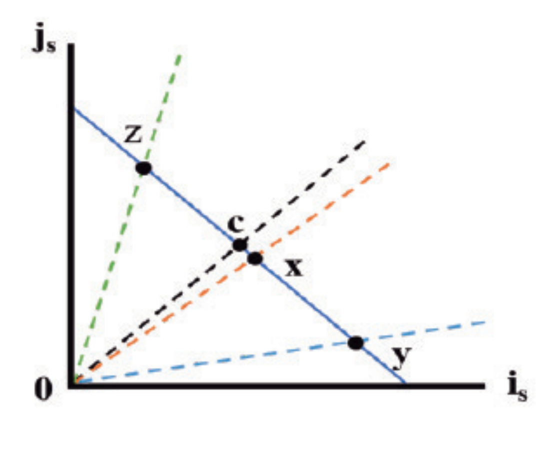


Figura 4

3.2.1. La decisión en Equidad, una forma de regulación ex post de los costos de transacción

Pero, como quizá se pudo haber advertido, por sí solo el concepto de eficiencia de Pareto no construye una razón operativa lo suficientemente coherente para la orientación del arbitraje en equidad, en fin, el punto C, tal y cual se nos ha presentado, marca en exclusiva un punto de distribución neutral e impersonal, lo cual no necesariamente conlleva a afirmar la justicia de una decisión, sino tan solo, su equilibrio económico. Ya autores como Liborio Hierro han sostenido ideas semejantes, cuando han declarado que este criterio "es tan neutral, en efecto, que impide cualquier decisión interesante desde el punto de vista normativo[41].

Es más, el cumplimiento estricto y no personalizado del esquema referido, puede conducir a cometer sendos errores que lindarían con lo ilógico. Por ejemplo, si se recrea un litigio hipotético donde los árbitros deben determinar el monto indemnizatorio para el resarcimiento de un incumplimiento contractual, dentro del cual el actor solicita el pago total de lo adeudado y el demandado se excepciona negándolo completamente; no aparenta equidad ni justicia, el hecho de que los árbitros, sin detenerse a revisar el contexto circundante, estén obligados a optar por la decisión del punto *C*, la cual en el presente caso equivaldría a condenar al demandado solamente al pago de la mitad de lo que adeuda, ya que en fin, en dicho monto se alcanzaría un punto de equilibrio entre el incumplimiento, como ausencia total de pago, y el cumplimiento como solución efectiva de la obligación. Demostrando la poca efectividad del óptimo de Pareto para ciertos casos; en efecto, tal como se mencionó antes, la eficiencia de Pareto actúa de mejor manera cuando existen dos intereses económicos que son preferidos a la

41. L. Hierro, "Justicia, igualdad y eficiencia", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* No. 9, 1998, p. 134.

vez, y que por tanto pueden expresarse mediante curvas de indiferencia.

Es debido a aquello que nace la necesidad de averiguar otras razones de corte moral que sirvan de complemento al criterio de eficiencia y permitan construir una razón operativa completa para la argumentación de los laudos en equidad. Frente a esto, probablemente la solución para el dilema de las "restricciones igualitarias" que provoca la eficiencia de Pareto, se encuentre más cerca de lo que se habría pensado. Esto si se considera que uno de los mecanismos que mayor fuerza ha tomado dentro de los últimos años, al interior de la microeconomía; a saber, la regulación ex post de los costos de transacción, nos puede ofrecer una oportunidad fuerte para erigir una pretensión de corrección no neutralizante. En virtud de lo expuesto, la institución arbitral pasaría a convertirse en un mecanismo de regulación *ex post* de las transacciones del mercado, que a diferencia de la regulación estatal no comprende un tipo de intervención pública-externa al medio concurrente, sino que puede apreciarse como un método de auto asepsia originado al interno del propio sector privado de la economía.

En este sentido, Coase en su famoso teorema sostiene que "las economías siempre pueden alcanzar una asignación eficiente, incluso en presencia de externalidades, siempre y cuando los costos de transacción sean suficientemente bajos"[42]. Respecto a esto, la microeconomía descubre que las principales fuentes del incremento de los costos dentro de las transacción comerciales, son un grupo de situaciones circundantes a los propios actos de la transacción, relacionados en su mayoría con problemas de información asimétrica, oportunismo y especificidad de activos[43].

42. P. Krugman & R. Wells, *Introducción a la Economía: Microeconomía,* Reverté, 2007, p. 470.
43. M. Cruz, *Una aproximación a la política de los costes de transacción a través del análisis constitucional comparado*, Tesis de Doctorado, Universidad de Valladolid, 2000, p. 27.

Es así como la regulación o corrección ex post de esta clase de problemas transaccionales, concibe a una razón operativa de mayor fuerza y precisión, para el sostenimiento del ánimo argumentativo de los laudos en equidad; en razón de la cual, la tarea de los árbitros al momento del laudaje equitativo no se convierte en un simple rastreo de un punto de equilibrio general C, sino que trasciende el campo de la regulación del mercado, especialmente en lo relativo a la cancelación de beneficios o ventajas económicas obtenidas en escenarios de selección adversa y riesgo moral[44]. En virtud de lo cual, al convertirse la corrección de estos fenómenos económicos, junto a la búsqueda de la eficiencia[45], en el fin último del arbitraje en equidad, se estaría respondiendo positivamente a la máxima que Coase le confiere al derecho, esto es, la reducción de los costos de transacción, la tutela de la competencia perfecta en los mercados y la clarificación de los derechos de propiedad[46].

Finalmente, en nombre de todos los argumentos planteados es que, desde la nueva perspectiva planteada inspirada en los criterios de eficiencia económica y el teorema de Coase; el arbitraje en equidad pasa a alcanzar un grado de sistema autónomo, cuyo modelo argumentativo no necesita de razones sistémicas –propio de la operatividad del arbitraje en derecho–; sino que fundamente su razón completa,

---

44. Por selección adversa se entiende, al problema que surge “cuando una parte de la transacción posee información relevante desconocida por la otra, de forma que la primera realiza el proceso decisional y la transacción en superioridad de condiciones”, provocando que la misma se lucre de una situación de fijación unilateral de precios o valor –sea que la relación fuese contractual o no–; por su parte, se habla de riesgo moral “cuando una parte de la transacción puede adoptar determinadas acciones que afectan a la valoración que la otra parte ha hecho de la transacción –una vez que ya ha nacido–, pero que esta no puede controlar perfectamente”. J. Gómez, “Información Asimétrica: Selección Adversa y Riesgo Moral”, *Actualidad Empresarial*, No. 170, 2008, p. 171.
45. Es importante observar que en la teoría de Coase, sigue vigente la idea de la relación procesal arbitral como una relación económica transmutada, tan solo que aquella se observa en unidad de acto con la relación económica pre-procesal, es decir, la medición de la satisfacción de los intereses económicos de las partes abarca sólo lo referente a la acción y la contestación, sino que analiza también los beneficios prestacionales.
46. Universidad de Valencia, Análisis Económico del Derecho, 15/02/2019, p. 3, <https://bit.ly/2YwNIWY>

entendida como el "conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido", en el alcance del equilibrio general de las transacciones y el allanamiento de costos injustificados; cumpliendo esta conjugación de criterios con las cuatros propiedad básicas que Iturralde citando a Nino le reconoce a una razón para calificarla como operativa, siendo ellos: **(i)** la autonomía, o funcionalidad no dependiente de las circunstancias donde se formuló la razón; **(ii)** la generalidad, **(iii)** la supervivencia[47]; y, **(iv)** el carácter integrador con las otras premisas –auxiliares–[48].

4. Conclusión

La presente investigación ha tenido por finalidad la reconstrucción ideológica o de deber ser de la institución del arbitraje en equidad, a fin de responder a la necesidad imperiosa de autonomía metodológica de la cual ha adolecido la modalidad resolutiva en mención, como consecuencia de la vigencia y amplia acogida en la doctrina de la denominada tesis conservadora, que le otorga a las decisiones *ex aequo et bono* un carácter residual, a manera de una subforma excepcional de decisión al interior del arbitraje en derecho.

Para el efecto, se ha propuesto una serie de argumentos para abrazar una teoría liberal esta modalidad de arbitramiento, mediante la cual se abandone la clásica dependencia a razones sistémicas y autoritativas, para adoptar un modelo de argumentación practica y material, donde las premisas estén cargadas de un contenido inminentemente moral. Para el presente caso, el modelo prescriptivo ensayado, se ha válido de los criterios económicos de eficiencia y del famoso teorema

47. Para Iturralde, la supervivencia es "la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos razones a los fines de una razón operativa no solo debe ser genérica, sino que también debe ser fáctica en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esta u otra razón operativa". V. Iturralde, "Acotaciones sobre el principio de unidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012, pp. 89-90.

48. Ibídem.

de Coase, en virtud de los cuales el árbitro o los árbitros que estuviesen conociendo una controversia a resolverse en Equidad, deberán tener como máximas de actuación la consecución de un punto de equilibrio distributivo de los intereses económicos de las partes –ahorro y lucro–; así como, la depuración de aquellos "costos de transacción" de los cuales alguna de las partes se hubiese aprovecha de manera injustificada, como producto de los fallos del mercado y una situación de asimetría informática.

No obstante, tal como se dijo en el cuerpo de esta investigación, la corrección de las decisiones en equidad, si bien se medirá según su correspondencia con los criterios económicos señalados, tal correspondencia no será necesariamente cabal, sino que deberá ostentar un carácter gradual; de forma tal, que los parámetros económico-morales de eficiencia establecidos funcionen como un ideal regulativo y no como las premisas mayores del modelo típico de razonamiento judicial –silogístico–.

Empero todos los beneficios que se desprenden del modelo prescriptivo expuestos no alcanzarán el impacto real deseable, y por tanto no superarán el ámbito de la discusión doctrinal, si es que la propia legislación no decide blindar al arbitraje en Equidad, con mecanismos de protección y de depuración argumentativa, como lo sería una causal de nulidad de laudo por la adopción de los esquemas *strictis iuris* en arbitrajes *ex aequo et bono*. Mientras esto no suceda, los árbitros seguirán desacatando la voluntad de las partes de someterse a una resolución equitativa –expresa o tácita–, prefiriendo resolver dichas situaciones como si de arbitraje en derecho se tratará; lo que en instancia última se interpone en el camino para alcanzar un sistema jurisdiccional más eficiente y tuitivo.

La arbitrabilidad de las patentes de invención

*Andrés W. Chugá Porras**

Recibido/Received: 16/09/2019
Aceptado/Accepted: 01/10/2019

Resumen: Una patente de invención debe cumplir determinados requisitos para obtener la protección Estatal y brindar a su titular el derecho de explotación exclusiva. Sin embargo, por tratarse de un derecho que otorga 20 años de protección al titular y retira del alcance de los demás su explotación implica que habrá, en algún momento, afectación al orden público. Es precisamente que su arbitrabilidad se ve afectada y complicada por ser un derecho que se supedita a una aprobación estatal y además que afecta a la sociedad en general.

Palabras Clave: arbitrabilidad, disponibilidad, patentes de invención, orden público, *ius prohibendi.*

* Socio principal de la firma Chugá Porras Abogados, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Argentina. Correo electrónico: a.chugaporras@cplaw.com.ec

A. W. Chugá Porras, "La arbitrabilidad de las patentes de inversión", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019, pp. 115-136.



ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649 / rea1004



Arbitrability of invention patents

Abstract: A patent of invention must meet the requirements to obtain effective protection from the State and give its owner the right to exclusive exploitation. However, because it is a right that grants 20 years of protection to the holder and withdraws from the reach of others its implied exploitation that will, at some point, affect public order. Its arbitrability is limited by the fact that the right was granted by the State and also affects society in general.

Keywords: arbitrability, availability, patent of invention, public policy, *ius prohibendi.*

1. Las patentes de invención y sus características para definir su arbitrabilidad

Los conceptos y estudios que giran en torno a las patentes de invención son realmente extensos y considero que en vano haría al exponerlos a profundidad en este artículo, puesto que, lo que más interesa es la disponibilidad de los derechos que giran en torno a una patente de invención a fin de que sean susceptibles de ser discutidos en un arbitraje, nacional o internacional, y por ende obtener una decisión vinculante o final.

Se tiene una idea clara de que una de las justificaciones de la patente de invención es el rol que representa en el sistema económico de los países como incentivo al desarrollo de nuevas tecnologías, precisamente al conceder un monopolio sobre las invenciones[1].

En palabras del profesor Manuel Botana Agra, la protección a una invención radica en

1. Véase, G. Cabanellas De Las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, Tomo I, 2da Ed., Editorial Heliasta, 2004, p. 51.

> las posibilidades que en principio encierra la propia invención de crear posiciones de explotación exclusiva, pueden erigirse en estímulo suficiente para que, sin recurrir, a otros instrumentos estimulantes, los humanos dediquen esfuerzos y recursos de toda índole a la permanente generación de reglas inventadas (lo que, por lo demás, supone un reforzamiento de la innata inclinación del ser humano a desentrañar la esencia de cuanto lo rodea y a llegar al conocimiento de lo que se le manifiesta como "desconocido")[2].

Conforme lo establecido en la doctrina y legislación, nacional e internacional[3], los tres requisitos para que un invento sea patentable y pueda obtener protección a través de la concesión de una patente son: **(i)** novedad; **(ii)** nivel inventivo; **(iii)** y aplicación industrial[4].

Ahora bien, teniendo en consideración lo que se requiere para obtener una patente de invención es preciso exponer los efectos que la obtención de un título de patente otorga, tanto para el titular de la patente como para la sociedad en general -incluyendo el Estado-.

1.1. Respecto del titular

En caso de que una solicitud de patente de invención cumpla los requisitos para su otorgamiento el titular de la patente gozará de los derechos concedidos por la entidad estatal, como consecuencia del nivel de tecnicidad en el desarrollo de un invento (como por ejemplo el nivel inventivo) lo cual no se aplica para otras figuras en la Propiedad Intelectual, por ende, el aporte tecnológico es mayor y la protección más extensa; como consecuencia de esto "el interés público indica que lo

2. C. Fernández-Nóvoa, J. M. Otero Lastres & M. Botana Agra, *Manual de la Propiedad Industrial*, 2da Ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2013, p. 103.
3. Salvo determinados casos como la legislación de los Estados Unidos de América donde se requiere que una patente de invención sea: elegible, nueva, útil y no obvia.
4. Esto ha sido aceptado por los países suscriptores de la Organización Mundial del Comercio, a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - ADPIC, en su artículo 27.

más conveniente es que la tecnología se divulgue se tutela en general en mayor medida al titular de la patente de invención, que entrega más a la sociedad"[5].

La doctrina cataloga a los derechos que posee el titular de una patente de invención como positivos y negativos[6], es decir, el titular bien podrá explotar los derechos que recaen sobre su invento, autorizar el uso del mismo, o, por otro lado, bien podrá prohibir dicho uso a terceros[7]; a pesar de esto se debe tener en mente que un derecho intelectual es *erga omnes*[8] (incluyendo el de inventar y desarrollar), no obstante, siguiendo la línea de pensamiento, en uso de los derechos sobre una patente de invención se excluye de la sociedad la utilización libre de esa tecnología, también conocido como el *ius prohibendi.*

Como lo expone Cortés Rosso, el derecho de patente "implica, por un lado, una limitación al derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y, por otro lado, una limitación a la propiedad que esas personas o asociaciones tengan sobre ciertos bienes materiales [...] si el derecho de patente implica que a todas las personas y asociaciones no autorizadas les está vedada la explotación de determinada tecnología patentada se desprende que su derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen [...] se encuentra limitado".

Ahora bien, esta categoría ha sido ampliamente debatida por la doctrina puesto que, como lo indica el profesor Cabanellas sobre los derechos positivos de una patente, "[e] ste no otorga un derecho a la explotación de la invención, a

5. M. Cortés Rosso, *Patentes de Invención: Aspectos Jurídicos*, 1era Ed., LegalPublishing Chile, 2012, p. 53.
6. Entre otras categorías.
7. Véase, M. Cortés Rosso, N. 5, p. 66.
8. Véase, G. Cabanellas De Las Cuevas, N. 1, p. 563.

favor del titular de la patente, pues ese derecho no depende de la patente ni el hecho de que exista la patente asegura que tal derecho efectivamente está presente", sin embargo, se podría tener en consideración que el derecho de la patente representa un todo y está ligada la parte positiva con la negativa.

Sobre lo mencionado, puedo acotar el siguiente silogismo y un análisis personal:

(i) La idea nace en el fuero interno de la persona y eso la convierte en un "posible" derecho de Propiedad Intelectual, salvo los derechos de autor, puesto que la normativa positiva ha determinado requisitos para cada figura.

(ii) Posteriormente, el inventor expresa su idea en algo tangible, sin embargo, hasta este momento, no tiene tutela jurídica o protección del Estado y por ende no tiene derecho de patente. Como consecuencia de la idea que tuvo el inventor, posee una "supuesta" libertad de desarrollar su idea en algo tangible y explotarlo como guste, no obstante aún no posee un derecho de Propiedad Intelectual, por lo que mas bien está incurriendo en dos posibles escenarios: **a)** una especie de limbo por utilizar algo que aún no es reconocido como un derecho; y, **b)** está infringiendo la patente de otra persona por lo que tampoco tiene un derecho de explotación porque no tiene certeza si puede explotarla o no.

(iii) Como consecuencia de esto y tras este breve silogismo, es muy probable que una patente de invención sí otorgue derechos positivos y negativos. Desarrollar o crear algo no implica que se ha desarrollado o creado algo que sea susceptible de patentabilidad ni mucho menos susceptible de explotación, tal vez la patente no es un "requisito" para la explotación pero si es un reconocimiento de que no se está infringiendo otra patente. Un invento no es una

patente pero un invento protegido por una patente es una garantía de que posee novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, puesto que ya pasó por todas las instancias administrativas como el examen de patentabilidad y oposiciones de terceros. No se puede hablar de un derecho negativo en una patente de invención como el *ius prohibendi* si no se tiene un derecho positivo como el reconocimiento de un invento como una patente porque si bien no es un requisito la patente para la explotación, tampoco tendrá la persona el derecho de prohibir el uso de su creación porque no tiene una patente.

Sobre este punto Miguel Botana Agra manifiesta "[c]omo consecuencia de su propio concepto, la invención genera por sí misma una especie de sistema de autodefensa […] al consistir en una regla para el obrar humano técnico hasta entonces 'no conocida', la invención coloca a su creador en una situación fáctica de monopolio a la hora de su explotación económica"[9] lo cual complementa con la afirmación que

> la declaración de [...] la patente confiere a su titular un derecho de utilización exclusiva de la invención patentada (vertiente positiva, el *ius utendi*). Esto no obstante, existen en la LP manifestaciones suficientes (por ejemplo, la posibilidad de expropiación de la patente o la obligación de explotar la invención patentada) que llevan a entender que el derecho de patente no agota su contenido en el ius prohibendi, sino que comprende también facultades y poderes que son expresión de la vertiente positiva o del *ius utendi*)[10].

La razón principal del análisis precedentes es porque más adelante nos adentraremos en determinar el "grado" de arbitrabilidad de los derechos que giran entorno a una patente de invención, los cuales, como lo vemos, podrían ser catalogados como aquellos respecto del titular e inclusive del inventor per se -obviamente no siempre será el mismo- como

---

9. C. Fernández-Nóvoa, J. M. Otero Lastres, M. Botana Agra, N. 2, p. 103.
10. Ídem, p. 167.

por ejemplo el contratos de licencias, en oposiciones, ventas o cesiones de derechos, herencias, contratación civil para el desarrollo de la patente de invención, y en sí cualquier negocio jurídico o ejercicio que pueda tenerlo dicho titular o su inventor.

1.2. Respecto de la sociedad

Ahora bien, por otro lado, tenemos la perspectiva o la consecuencia de la concesión de una patente de invención frente a la sociedad en general.

A fin de comprender la mencionada dimensión es necesario, en primer lugar, referirnos a los bienes inmateriales para lo cual utilizaré el concepto del profesor José Antonio Gómez Segade quien se refiere a estos bienes como "[...] creaciones de la mente humana que mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial"[11].

En este sentido, haciendo referencia a un decir de la Sierra ecuatoriana "empecemos en el principio y terminemos en el final" que es precisamente lo que haremos. Los derechos que giran en torno a una patente de invención respecto de la sociedad nacen, simplemente -como lo sostiene Botana Agra-, de un mosaico el cual está integrado, desde un principio, por el "pacto social" entre el inventor y la sociedad [representada por el poder público] y "[p]or virtud de este pacto el inventor desvela y describe [hace patente] el contenido de la invención por él diseñada y, a cambio, el poder público le concede por un tiempo una posición de exclusiva para la explotación económica de la invención en el mercado"[12].

---

11. J. A. Gómez Segade, "Tecnología y Derecho: Estudios jurídicos del profesor Dr. H. C. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración del XXV años de cátedra", Marcial Pons, 2001, en M. Cortés Rosso, N. 5, p. 66.
12. C. Fernández-Nóvoa, J. M. Otero Lastres, M. Botana Agra,, N. 2, pp. 103-104.

En este sentido, al obtener esta concesión o aprobación social para el uso exclusivo de una tecnología determinada, por un tiempo y espacio, el inventor o el titular de la patente acepta que una vez fenecido el tiempo por el cual se otorga esta exclusividad, el derecho se extinguirá y pasará al dominio público, lo cual implica que cualquier persona podrá utilizar su tecnología.

No obstante lo mencionado, sin entrar en profundidad del tema, se debe tener presente que el agotamiento del derecho de patente y también su extinción, pueden ser por otras causales que las mencionadas.

El agotamiento del derecho, en forma general, versa sobre dos aspectos: **(i)** el primero es el límite que tendrá el titular de la patente de invención en ejercer su *ius prohibendi;* y, **(ii)** el segundo sobre el conocido agotamiento del derecho internacionalmente, sin embargo, considero que para este estudio será necesario tener en consideración que el agotamiento del derecho guarda cercana relación con la disponibilidad de dicho derecho a fin de someterlo a un arbitraje. Esto es porque si mi derecho se agotó entonces no podría disponer de él o, al contrario, si puedo disponer de mi derecho entonces no se ha agotado.

Respecto de las causales de la extinción del derecho, nuevamente debemos tener en cuenta el decir de la Sierra ecuatoriana, puesto que si el Estado me otorga este derecho entonces no es un derecho que siempre estuvo y, por ende, será susceptible de extinguirse por determinadas razones. Si el invento se supedita a cumplir ciertos requisitos entonces la falta de uno de esos requisitos, así sea demostrado posteriormente a su concesión, causa la extinción de ese derecho; al igual que si se lo otorga por un tiempo, al cumplir ese tiempo, se extingue; asimismo, cuando se dejan de cumplir formalidades como el pago de anualidades; en la misma línea, se extingue el derecho sobre la patente cuando la persona renuncia al derecho de

patente; o, cuando la patente es concedida sobre la invención y no se la explota en un período determinado.

Todo lo enunciado tiene relación con el orden público y la sociedad porque mientras una patente de invención se encuentre vigente es excluida del dominio público y, asimismo, afecta a la sociedad tanto y cuanto una patente de invención no tiene el requisito de "no afectar al orden público" para su validez, sin embargo, en función de su "objeto" podría hacerlo. Esto lo expone el profesor Cabanellas De Las Cuevas con absoluta precisión cuando sostiene "[i]nclusive, el inventor titular de una patente podrá verse totalmente impedido de explotar la invención, en virtud de disposiciones sanitarias o de otra índole, sin que ello afecte la validez de la patente ni su existencia jurídica"[13]. No obstante, a fin de determinar la arbitrabilidad de los derechos que giran entorno a una patente de invención se deberá tener en cuenta que en un proceso arbitral se litigarán derechos que son transigibles o que son disponibles, por ende, un proceso arbitral también podría afectar el orden público como lo estudiaremos más adelante.

2. Materia transigible o arbitrabilidad de las patentes de invención

A lo largo de este trabajo he llevado la línea de pensamiento hasta llegar a este punto. El arbitraje existe porque los derechos que se "discuten" son susceptibles de disposición o de transigibilidad y precisamente entender la dimensión o el "alcance" que tiene el titular de un derecho de patente para someterlo a este método alternativo de resolución de conflictos, sin que afecte al orden público pero que siga siendo funcional por las características inherentes del arbitraje, es lo que expondré a continuación.

13. G. Cabanellas De Las Cuevas, N. 1.

2.1. La arbitrabilidad, transigibilidad o disponibilidad

Indistintamente de la palabra que se utilice, hasta el presente momento debemos tener claro que no todos los conflictos son susceptibles de resolverlos en un arbitraje pero sus características son las que lo vuelven oportuno para buscarlo e intentar utilizarlo. Como lo ha mencionado González De Cossio, "[p]ara que un acuerdo arbitral sea válido, debe ser lícito. Es decir, es necesario que la materia sea arbitrable. Susceptible de ser ventilada en arbitraje. Ello surge en dos momentos: en la ejecución del acuerdo arbitral; y en la ejecución del laudo arbitral"[14].

Para Gonzalo Quiroga la arbitrabilidad "abarcaría una triple dimensión: como condición impuesta por el derecho de fondo, como condición de validez del convenio arbitral, y como presupuesto que posibilita la no anulación y el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral"[15].

La Convención de Nueva York menciona en su artículo II, numeral 1, que:

> Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje"[16].

Al mencionar que un asunto pueda ser resuelto por arbitraje, deja en descubierto, como lo hemos mencionado, que existen materias que no podrán ser arbitrables, no obstante, esto dependerá de cada país y su legislación.

14. F. González De Cosío, Arbitraje, p. 195.
15. G. Quiroga, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial (Arbitrabilidad y Derecho Aplicado al fondo de la Controversia Internacional),* Dykinson, 2003, p. 100.
16. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), Art. II.

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI contempla en su artículo 34, -cuando habla de la petición de nulidad como único recurso al laudo arbitral- que: "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje"[17].

De manera similar, ciertos conflictos relativos a marcas en España pueden ser sometidos a un arbitraje, a pesar de que, a mi parecer, tocan áreas de la Propiedad Intelectual que consideraba eran competencia única del Estado.

El profesor Carlos Fernández-Nóvoa explica que "[e]l art. 28 de la Ley de 2001 tiene el mérito de implantar el mecanismo del arbitraje en el contexto del procedimiento de concesión del registro de la marca"[18]. Es en este sentido que el profesor los divide en tres momentos de estudio: **(i)** respecto de las cuestiones que cabe someter a arbitraje; **(ii)** respecto del convenio arbitral; y, **(iii)** el laudo arbitral y sus efectos.

La primera, explica que delimita las cuestiones que son susceptibles de someterse a arbitraje de una forma negativa y de una forma positiva. Indica que por la vía negativa "se excluyen del arbitraje las cuestiones relativas a la concurrencia o no de los requisitos formales del procedimiento, así como la existencia de prohibiciones absolutas de registro"[19]. Por otro lado, por la vía positiva se puede decir que el arbitraje operaría en:

> 1. [...] las cuestiones tocantes a la existencia de un riesgo de confusión entre la marca solicitada y una marca anterior esgrimida mediante una oposición [...]. 2. [...] las cuestiones concernientes al conflicto entre la marca solicitada y una marca anterior renombrada o notoriamente conocida. [...] las cuestiones atinentes al conflicto entre la marca solicitada y

17. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), Art. 34(2)(b).
18. C. Fernández-Nóvoa, J. M. Otero Lastres, M. Botana Agra, N. 2, p. 533.
19. Ibídem.

los derechos anteriores enunciados en el art. 9 de la Ley de 2001"[20].

Justamente se inició el estudio exponiendo las justificaciones de un arbitraje, lo cual incluyó hablar sobre su naturaleza, y el ejemplo español demuestra la aplicación de la teoría híbrida porque dicha nación decidió, a través de una ley, sobre la arbitrabilidad de las oposiciones de una marca lo cual para una gran mayoría de países resulta sorprendente puesto que se lo maneja de forma administrativa; esto, sin dejar de tener en consideración que las oposiciones marcarias en Argentina se las lleva de forma judicial -lo cual también se vuelve interesante para nuestro estudio-. Al final del litigio arbitral se obtendrá el laudo y lo interesante es que la Oficina Española de Patentes y Marcas deberá encargarse de la ejecución del mismo, como está bien lo señala el artículo 28 de la Ley de Marcas de 2001 de España[21].

---

20. Artículo 9. Otros derechos anteriores.1. Sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas: a) El nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca. b) El nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante. c) Los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por un derecho de autor o por otro derecho de propiedad industrial distinto de los contemplados en los artículos 6 y 7. d) El nombre comercial, denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante, si, por ser idéntica o semejante a estos signos y por ser idéntico o similar su ámbito de aplicación, existe un riesgo de confusión en el público. A estos efectos, el titular de esos signos habrá de probar el uso o conocimiento notorio de dichos signos en el conjunto del territorio nacional. Cumpliéndose estas condiciones, de igual protección gozarán los extranjeros que de acuerdo con el artículo 3 de esta Ley puedan invocar el artículo 8 del Convenio de París o el principio de reciprocidad, siempre que acrediten el uso o conocimiento notorio en España de su nombre comercial no registrado. 2. No podrán registrarse como marcas el nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro signo que identifique al solicitante del registro si los mismos incurren en alguna de las prohibiciones de registro contenidas en el presente título.
21. Artículo 28. Arbitraje.1. Los interesados podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca, de conformidad con lo establecido en el presente artículo. 2. El arbitraje sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la presente Ley. En ningún caso podrá someterse a arbitraje cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro. 3. El convenio arbitral sólo será válido si está suscrito, además de por el solicitante de la marca: a) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieren causado la denegación de la marca y, en su caso, por sus licenciatarios exclusivos inscritos. b) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, por sus licenciatarios exclusivos inscritos. c) Por quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo. 4. El convenio arbitral deberá ser notificado a la Oficina Española de Patentes y Marcas por los interesados una

Lo que llama tanto la atención en lo contemplado en la legislación española, es la forma en la que la Oficina Española de Patentes y Marcas deberá realizar todas las actuaciones necesarias para la ejecución del laudo, entre aquellas, por ejemplo, acatar el laudo arbitral y denegar la solicitud de marca. Es decir, obedecer a una entidad privada.

A fin de tener claro ¿de dónde nace aquello que se conoce como arbitrabilidad? y posteriormente aterrizar en la arbitrabilidad de las patentes de invención, es necesario explicar brevemente la arbitrabilidad objetiva y subjetiva que ha sido la más aceptada a nivel doctrinario, es decir, versa sobre la materia que se arbitrará y versa sobre las partes.

2.2. La arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*

Como se mencionó la arbitrabilidad versa sobre la materia por lo que se la considera como una norma protectora de algún interés general o público por lo que filtra materias que podrían considerarse como irrenunciables[22] y podrá diferir significativamente de quien realice su análisis. En general, si se examina la arbitrabilidad desde la perspectiva de los jueces ordinarios, se lo hará desde la perspectiva de lo que ellos perciben como orden público; no obstante, un tribunal arbitral aplicará los

vez finalizado el procedimiento administrativo de registro de la marca y antes de que gane firmeza el acto administrativo que hubiera puesto término al mismo. Resuelto el recurso de alzada contra el acto que conceda o deniegue el registro, quedará expedita la vía contencioso-administrativa salvo que se haga valer ante la oficina la firma de un convenio arbitral. (Apartado modificado por el apartado 1 de la disposición adicional sexta de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial) 5. Suscrito el convenio arbitral, y mientras subsista, no cabrá interponer recurso administrativo alguno de carácter ordinario, declarándose la inadmisibilidad del mismo. Igualmente, de haberse interpuesto con anterioridad a la suscripción del convenio, se tendrá por desistido. 6. El laudo arbitral firme producirá efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, de aplicación en todo lo no previsto por el presente artículo, y la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución. 7. Deberá comunicarse a la Oficina Española de Patentes y Marcas la presentación de los recursos que se interpongan frente al laudo arbitral. Una vez firme este, se comunicará fehacientemente a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su ejecución.

22. Véase, F. González De Cosío, N. 14, p. 196.

requisitos del orden público internacional, sujeto, por ejemplo, a consideraciones sobre la ejecutabilidad del laudo[23].

El artículo V de la Convención de Nueva York, apartado 2 a) y b) pone en manifiesto dos escenarios sobre la arbitrabilidad objetiva en el arbitraje internacional: la primera, cuando la materia sobre la que versa el conflicto, no pueda ser objeto de solución por vía de arbitraje según la ley del país en que se pida el reconocimiento y ejecución; y, la segunda, que sea contraria al orden público el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se busca[24]; esto concuerda con el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

No obstante lo mencionado y como todo jurista sabe el derecho no es estático sino más bien evoluciona y cambia, esto lo digo porque lo expuesto cambia en cada legislación y en el tiempo también[25] siendo que podrá ser percibido de forma distinta, no obstante la regla general es la que se acaba de exponer.

2.3. La arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae*

Tanto el mismo artículo V, numeral 1, literal a) del Convenio de Nueva York como el artículo 36, numeral 1, literal a) i) de la Ley Modelo del CNUDMI hacen referencia a la arbitrabilidad subjetiva al mencionar que el laudo arbitral no será válido si una de las partes estaba sujeta a incapacidad[26] y para Gandía Sellens, se podría definir esta arbitrabilidad "como la aptitud de las partes para someter a arbitraje una pretensión derivada de una disputa en la que

23. Ibídem.
24. Véase, M. A. Gandía Sellens, *El Arbitraje frente a los Litigios Internacionales en materia de Propiedad Intelectual: La Arbitrabilidad y la Adopción de Medidas Cautelares,* 1era Ed., Thomson Reuters Aranzadi S.A., 2014, p. 46.
25. Véase, F. González De Cosío, N. 14, p. 196.
26. Véase, M. A. Gandía Sellens, N. 24, p. 48.

están implicadas"[27], lo cual ha sido manifestado también por un tribunal arbitral de la CCI que indica que "[l]a arbitrabilidad subjetiva significa que las partes del acuerdo de arbitraje tienen el poder o la capacidad de celebrar un arbitraje válido o no, en otras palabras, que no hay reglas obligatorias aplicables que les impidan celebrar un acuerdo de arbitraje válido; tal puede ser el caso en algún sistema legal si el Estado celebra un acuerdo de arbitraje"[28].

La arbitrabilidad subjetiva "alude a la posibilidad de que ciertas personas se comprometan a ventilar sus controversias mediante arbitraje"[29].

Debemos tener en consideración que la forma de llegar a un arbitraje dependerá de la legislación aplicable, sin embargo, no se debe olvidar que la fuente del arbitraje también es importante. Si las partes llegan a un arbitraje por un contrato entonces se puede hablar de que la arbitrabilidad subjetiva se aplica sobre las partes signatarias y queda aún el dilema de la parte no signataria. Por otro lado, por ejemplo, en caso de un arbitraje por un TBI, podría llegar una parte como tercero interesado, que son escenarios que siempre estarán latentes en una controversia.

2.4. La arbitrabilidad de las patentes de invención respecto de las partes

En líneas anteriores mencioné brevemente el tipo de negocios jurídicos que podrían existir alrededor de una patente de invención, eso, obviamente, en función de que el titular de la patente fue concedido con ese derecho. Si no hubiera patente

27. Ibídem.
28. Caso CCI No. 14430, párrafo 200. 2: "Subjective arbitrability means that the parties to the arbitration agreement have the power or the capacity to enter into a valid arbitration or, in other words, that there are no applicable mandatory rules preventing them from entering into a valid arbitration agreement; such may be the case in some legal system if the State enters into an arbitration agreement".
29. F. González De Cosío, N. 14, p. 208.

de invención igualmente podrían existir negocios alrededor de ese "limbo" de creación siempre y cuando, desde mi perspectiva, exista un contrato de por medio; sin un contrato, el creador sin patente no podría hacer uso de *ius prohibendi*, con un contrato tal vez sí.

La utilidad de este estudio radica en que está más que aceptado a nivel mundial que un arbitraje puede realizarse por la disposición de los derechos puesto que son los derechos que se someten al arbitraje, de forma evidente, son "a los cuales un particular puede libremente renunciar" ya que se utiliza el principio de interpretación jurídica que dice *"a majori ad minus, a minori ed majus"*, es decir, el que puede lo más, puede lo menos[30].

El profesor Cabanellas, confrontando a Gómez Segade, menciona que la patente constituye un bien inmaterial y que, al ser un bien, es susceptible de ser objeto de actos jurídicos y esto influye en el tipo de actos que se puedan realizar en su entorno[31].

Como es conocido la patente sobre una invención es otorgada por la entidad gubernamental competente y por lo tanto es un acto soberano del Estado, razón por la cual existen cuestionamientos respecto del pronunciamiento de un ente privado, como lo es un tribunal arbitral, sobre este tema, lo cual lo expondré más adelante.

A pesar de ello quienes apoyan la arbitrabilidad de las patentes de invención, inclusive para el cuestionamiento de su validez o de infracciones

> sugieren que la mayoría de jurisdicciones a nivel mundial permiten al titular de una patente la renuncia, cesión, licenciamiento o transferencia de su derecho de patente a otros, por lo tanto, el titular de la patente también podría

30. Ídem, p. 205.
31. Véase, J. A. Gómez Segade, *La patente como objeto del tráfico jurídico,* en C. Fernández-Nóvoa & J. A. Gómez Segade, *La modernización del Derecho español de patentes,* p. 236; y, G. Cabanellas De La Cuevas, N. 1, p. 675.

> agotar sus derechos de patente en un laudo arbitral escogiendo al arbitraje como solución oficial y final para su disputa de patente, y donde el árbitro y las partes han aceptado el resultado ¿quién podría rechazar ese arbitraje como válido?[32]

Si bien esta posición puede ser un poco controversial, no es menos cierto que la manera de declarar una patente de invención como inválida o nula varía de jurisdicción en jurisdicción, *e.g.* en Estados Unidos las cortes determinan la validez de una patente cuando esta ha sido cuestionada en la contestación del supuesto infractor[33], lo mismo que sucede en Francia, no obstante en Japón la única autoridad que puede declarar inválida una patente de invención es la Oficina de Patentes[34].

Más allá de lo mencionado, existe ya un precedente de un tribunal arbitral de la ICC, el cual emitió un laudo relacionado a la validez de la patente de invención en 1989: el caso No. 6097, Wu resume los puntos más destacados del laudo de la siguiente forma:

(i) En un laudo provisional, el tribunal de la ICC sostuvo que la disputa sobre la validez de una patente de invención no podía estar separada de otros problemas en la misma disputa en el arbitraje.

(ii) El tribunal razonó que el titular de una patente tiene capacidad suficiente para ceder, renunciar o restringir sus derechos.

(iii) En una disputa de infracción o de invalidez, el titular de la patente puede renunciar a sus derechos parcial o completamente en contra de la otra parte.

(iv) Asimismo, el titular de la patente puede notificar de su renuncia a la Oficina de Patente.

(v) El titular de la patente puede vender, donar, transferir todo o parte de sus derechos.

---

32. Traducción libre. W. H. Wu, "International Arbitration of Patent Disputes", J*ohn Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2011, p. 66.
33. Véase, ídem, p. 61.
34. Ídem, p. 62.

(vi) El titular de la patente también puede proporcionar la patente en su totalidad o en parte como garantía o prenda.

(vii) El titular de la patente puede disponer de sus derechos de la misma manera que otra propiedad, lo cual significa que la parte en el arbitraje puede ceder sus derechos al tribunal arbitral.

(viii) En principio, por lo tanto, no hay obstáculo legal que impida a un tribunal arbitral, facultado por las partes, en pronunciarse, como cuestión preliminar, sobre la validez material de una patente.

(ix) Dicho laudo es vinculante para las partes[35].

Por así decirlo, no es que el tribunal arbitral se va en contra de la decisión de la entidad gubernamental sino que dispone de los derechos de la patente y como consecuencia de eso, al emitir un laudo, el titular de la patente acata dicho laudo y renunciaría a su derecho de patente; como un laudo arbitral es obligatorio entonces el titular se ve obligado a obedecer.

De forma sorprendentemente complementaria, al otro lado del mundo existió un proceso arbitral en Canadá sobre derechos de autor por la caricatura denominada *Caillou*[36], donde la parte actora obtuvo un resultado a su favor pero la parte perdedora atacó el laudo, por ende conoció el caso la Corte de Apelación de Québec y anuló el laudo bajo el argumento que las controversias relacionadas a derechos de autor no pueden ser arbitrales puesto que, entre otras cosas, son contrarias al orden público ya que los derechos de autor pueden ser hecho valor erga omnes siendo que podría afectar a derechos de terceros. No obstante, la Corte Suprema de Canadá manifestó lo contrario y mencionó que el laudo tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes pero no obligatorio frente a terceros que no fueron parte del procedimiento[37],

35. Traducción libre. Ídem, p. 67.
36. Corte Suprema de Canadá, *Desputeaux v. Éditions Chouette Inc*., 21/03/2003.
37. Ídem, párrafo 62.

además sostuvo que la interpretación de la cosa juzgada por parte de la Corte de Apelación fue errónea; cabe exponer, finalmente, que la Corte Suprema manifestó que "el que un derecho sea intransmisible no implica que es irrenunciable y por ende no arbitrable". Esto lleva a la conclusión que no basta que un derecho sea intransmisible o irrenunciable para que no pueda ser sometido a arbitraje, sino que debe existir una prohibición adicional[38].

2.5. La arbitrabilidad de las patentes de invención respecto de la sociedad y orden público

La justificación de esta perspectiva de la arbitrabilidad implica que la sociedad o los terceros que no son partes del arbitraje tengan una "razón" suficiente para aceptar este método alternativo de resolución de conflictos. El término "arbitrabilidad" se refiere a que si ciertas disputas son capaces de someterse a arbitraje, tanto así que varias jurisdicciones establecen que los temas relacionados con el matrimonio, derechos laborales y propiedad intelectual no son arbitrables por las políticas públicas a su alrededor[39].

El Estado tiene la soberanía para manejar o monitorear las políticas públicas. Por lo tanto, en principio, sería neutral en las decisiones que tome e inclusive tiene los recurso para mantener el balance de los intereses en competencia[40]. Claramente, como una patente de invención es un acto soberano realizado por el Estado; entonces el debate surge cuando un laudo arbitral, realizado por una entidad privada, pueda ir en contra de la política pública cuando la disputa se refiere a la validez de la patente[41].

38. Véase, F. González De Cosío, N. 14, pp. 205-206.
39. Traducción libre. W. H. Wu, N. 32, p. 61. Véase además, N. Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ta Ed., 2009.
40. Véase, W. H. Wu, N. 32, p. 62.
41. Traducción libre. Ídem, pp. 61-65. Véase, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 11vo Circuito, *Paladino c. Avnet Computer Techs Inc.,* No. 96-2341, 04/02/1998.

En ningún momento refuto que el orden público deba ser pasado por alto en un arbitraje relacionado a la validez de una patente de invención porque esto sería no aceptar lo establecido en la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI, cuando se mencionan que se puede denegar el reconocimiento de un laudo arbitral por ser contrario al orden público y por lo tanto su ejecución.

El orden público no es susceptible de una definición única, como lo indicó Asken en 1987, especialmente en el arbitraje internacional[42], lo cual fue ratificado en la sentencia discutida en líneas anteriores, por lo que se concluye que el orden público tiene una esencia inconcreta, indeterminable, variable y no perdurable, que, por ende, no da una seguridad *de facto*[43].

Ahora bien, por otro lado, el argumento principal sobre la arbitrabilidad y el orden público es que si hacemos un silogismo que inicie desde hecho que una de las características del sistema de patentes sobre una invención es brindar la exclusividad al titular de la patente a cambio del avance y desarrollo de tecnologías aún no conocidas por la sociedad, entonces podemos concluir que la sociedad brinda esa exclusividad, por un tiempo, a cambio de dicha tecnología. Adicionalmente, por ser el caso de que a la sociedad le interesa que esa tecnología sea lo antes posible de dominio público para su explotación entonces le debería interesar que se solucione de forma expedita su disposición. Tanto es así que el interés de la sociedad o interés público se ve reflejado en las partes intervinientes del arbitraje[44].

Ya en la práctica se observa que "los Estados Unidos de América es uno de los países que reconocen el arbitraje para disputas relacionadas con la validez de patentes. [...] Canadá

42. G. Asken, *International Commercial Arbitration and International Public Policy, American Society of International Law,* 1987, citado por G. Quiroga, N. 15, p. 55.
43. Véase, M. A. Gandía Sellens, N. 24, p. 75.
44. W. H. Wu, N. 32, p. 63.

y Suiza permiten llegar a acuerdos en problemas de validez de patentes. Francia e Italia se rehúsan a permitir el arbitraje relacionado con la validez de una patente en función de las políticas públicas. En otros países, la validez de una patente no es arbitrable a pesar de que el laudo arbitral sea ejecutable solo como acuerdo de las partes"[45].

Grantham manifiesta acertadamente que la arbitrabilidad de la Propiedad Intelectual responde netamente a políticas propias de cada país[46], quien a su vez cita a Alan Redfern y Martin Hunter quienes manifiestan que

> [e]l concepto de arbitrabilidad, llamado así apropiadamente, se relaciona a las limitaciones de la política pública del arbitraje como un método de resolver disputas. Cada Estado puede decidir, de acuerdo con su propia economía y política social, qué asuntos pueden ser resuelto por arbitraje y cuáles no. En casos internacionales, la arbitrabilidad implica el balancear las consideraciones de las políticas de competencia. Los legisladores y las cortes en cada país deben balancear la importancia de reservar asuntos de interés público [como los derechos humanos o asuntos penales] a las cortes en contra del interés público en alentar del arbitraje en asuntos comerciales[47].

3. Comentario final

A lo largo de este artículo se buscó estudiar la arbitrabilidad de las patentes de invención cuya respuesta arroja la necesidad de analizarla desde varias perspectivas.

La arbitrabilidad subjetiva y objetiva son de las más importantes para la ejecución del laudo arbitral ya que de nada serviría a la parte ganadora obtener un laudo a favor si posteriormente no se lo podría ejecutar.

45. Traducción libre. Ibídem.
46. W. Grantham, "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes", Berkeley Journal of International Law, 1996, p. 179.
47. Traducción propia. N. Blackaby *et al*., N. 39.

Asimismo, los derechos sobre una patente y sus efectos fueron analizados en este artículo desde la perspectiva del titular de la patente y, asimismo, por su efecto ante la sociedad como consecuencia de un arbitraje. Si bien se concluye que el Estado a través de su soberanía puede conceder el derecho de patente sobre un invento, no quita que el titular de la patente pueda disponer de ese o esos derechos de forma amplia hasta el punto de someterlo a un arbitraje, renunciando al mismo por la competencia del tribunal arbitral.

Mediante jurisprudencia internacional se ve como han existido tribunales arbitrales que han entendido este concepto y lo han aplicado, lo cual también es compartido -de cierta forma- por España cuando permite que se resuelvan varios tipos de conflictos relacionados a marcas mediante un arbitraje.

La decisión final sobre la materia que es susceptible de ser resuelta en un arbitraje será, al final, decisión de cada Estado puesto que responderá a decisiones económica o de competencia que decida tomar como respuesta a su realidad social.

Arbitraje e interpretación contractual en el derecho ecuatoriano

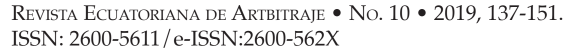
*César Coronel Jones**

Recibido/Received: 30/09/2019
Aceptado/Accepted: 01/10/2019

Resumen: Con enorme frecuencia las controversias sometidas a arbitraje se relacionan con la interpretación contractual, e imponen a los árbitros la carga de realizarla. Las normas del Código Civil y las explicaciones de la doctrina marcan pautas fundamentales en dicho proceso. La interpretación, la calificación y la integración del negocio jurídico, permiten establecer la "regla negocial". Para su determinación, el texto, la intención común de las partes y la naturaleza del contrato son esenciales; pero también lo son la buena fe, como estándar objetivo de conducta y la carga de hablar claro que pesa sobre los redactores del contrato. La interpretación lógica sistemática, por su parte, es imperativa, pues la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible. El análisis histórico de la relación negocial y la aplicación que las partes hayan hecho del contrato, son otros auxiliares valiosos en la tarea interpretativa, que constituye un verdadero arte. Las normas

* Socio fundador de Coronel & Pérez Abogados. Correo electrónico: ccoronel@coronelyperez.com

C. Coronel Jones, "Arbitraje e interpretación contractual en el derecho ecuatoriano", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 10, 2019, pp. 137-151.





sobre la materia son una especie de caja de herramientas. Dependiendo del caso, habrá alguna de especial utilidad y las otras servirán de apoyo para confirmar lo apropiado de las conclusiones. En cualquier caso, jamas será aceptable un resultado contrario a la buena fe. Hay principios que se imponen incluso a la intención común de las partes, y este es uno de ellos. El proceso interpretativo, puede revestir considerable complejidad, de allí la conveniencia de aprovechar las luces que brinda la doctrina.

Palabras clave: interpretación, calificación, integración, regla negocial, buena fe.

Arbitration and contractual interpretation in Ecuadorean law

Abstract: Frequently, arbitration controversies are related to contractual interpretation and impose arbitrators the burden to do so. The articles of the Civil Code and the explanations doctrine gives set fundamental guidelines in this process. The interpretation, conceptualization and integration of the legal agreement, allow to establish the applicable contractual provision. For its determination, the text, the common intention of the parties and the nature of the contract are essential; but so are the good will, as an objective standard of conduct and the burden to speak clearly relying on the drafters of the contract. The logic-systematic interpretation, on the other hand, is imperative since the intention, which is the spirit of the contract, is indivisible. The historical analysis of the legal agreement and the application of the contract the parties have made are valuable auxiliary tools in the interpretative task, which constitutes a true art. The rules on this subject can act as a toolbox. Depending on the case, a rule will be more useful, and the others will serve as a support to confirm how appropriate the conclusion are. In any case, an interpretation

opposite to the good will principle will never be acceptable. There are principles imposing even to the common intention of the parties, and this is one of them. The interpretative process can be really complex, that is why it is convenient to take advantage of what the doctrine can provide.

Keywords: interpretation of the contract, conceptualization of the contract, integration of the contract, applicable contractual provision, good will.

1. Introducción

La interpretación contractual es un tema crucial del derecho de obligaciones y de la práctica jurídica. Para su adecuada realización se requiere determinar cuál fue la concreta voluntad de las partes contratantes al celebrarlo, pues es esa voluntad común original a la que hay que atenerse para establecer su contenido obligatorio por encima de lo literal de las palabras. Esta es la regla del art. 1576 del Código Civil, tomado del Napoleónico, modelo del sistema jurídico continental, que sigue rigiendo en buena parte del mundo.

Aunque el objetivo esencial de la interpretación es buscar y determinar cuál fue la voluntad real de los contratantes y la tarea de detectarla resulta primordial e impone desarrollar amplios análisis gramaticales, lógicos e históricos, la interpretación no se agota en ello, pues es obligatorio también aplicar el principio de la buena fe y otros criterios objetivos para fijar el contenido eficaz y el alcance obligatorio del contrato.

Pero hay más. En un sentido amplio, si entendemos como interpretación el fijar el alcance de la llamada "regla negocial", es decir, las normas u obligaciones concretas a que cada parte queda sujeta como consecuencia de la celebración del contrato, entonces debemos agregar a las tareas del intérprete las de realizar la calificación del contrato

y su consecuente integración con las normas imperativas y supletorias que resulten aplicables.

2. Las reglas del Código Civil: su naturaleza, prelación y destinatarios

El Código Civil ecuatoriano regula la materia en el Título XIII del Libro IV, en los artículos 1576 a 1582, a los cuales se debe agregar el art. 1562 que establece el principio de buena fe[1].

En cuanto a la naturaleza de estas reglas, hay dos aspectos que comentar. Lo primero es que contienen tanto criterios subjetivos como objetivos de interpretación. Así, estimo que son subjetivos los contenidos en los artículos 1576[2], que prioriza la intención de las partes, y 1580[3], que ordena la interpretación sistemática y armónica; y hay que tomar en cuenta otros contratos celebrados entre las mismas partes y sobre la misma materia así como la aplicación práctica que ellas hayan hecho del mismo.

Con respecto a los criterios de carácter objetivo, creo que el inciso segundo del art. 1582[4] del Código Civil, que recoge la llamada regla de "la carga de hablar claro" e impone que las cláusulas

---

1. Código Civil, Artículo 1562, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
   Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.
2. Ídem, Art. 1576.
   Art. 1576.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.
3. Ídem, Art. 1580.
   Art. 1580.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.
   Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.
   O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.
4. Ídem, Art. 1582.
   Art. 1582.- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.
   Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

ambiguas sean interpretadas en contra de quien las ha redactado, es una pauta objetiva, derivada del principio de buena fe.

Sobre el carácter objetivo o subjetivo de los criterios establecidos en los otros artículos del Título XIII se puede argüir con buenas razones en un sentido o en otro. Por último, hay dos criterios que estimo son simultáneamente subjetivos y objetivos: la buena fe y la interpretación finalista[5], que disponen los artículos 1578[6] y 1579[7]. Más adelante trataré sobre ambos.

El otro punto que amerita ser comentado es la naturaleza obligatoria de las normas sobre interpretación contractual. Si bien la doctrina refiere un cuestionamiento del carácter de las mismas, pues hay quienes estiman que se trata de meros consejos o máximas de experiencia que la ley recoge para auxiliar al intérprete en su labor, existe una amplia aceptación al criterio de que se trata de verdaderas normas jurídicas cuya observancia es imperativa, "por lo cual su infracción o no aplicación habilita a plantear el recurso extraordinario de casación"[8]. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia de nuestro país[9].

Con respecto a la prelación que debe existir entre los criterios subjetivos y objetivos, se ha sostenido[10] que debe acudirse primeramente a los criterios subjetivos y que solo ante la imposibilidad de realizar la interpretación con tales criterios

---

5. Véase en este sentido, L. Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* 6ta Ed., Editorial Aranzadi, 2007, pp. 496-497.
6. Código Civil, N. 1, Art. 1578.
Art. 1578.- El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno.
7. Ídem, Art. 1579.
Art. 1579.- En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.
Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.
8. G. Ordoqui Castilla, "Interpretación del contrato en el régimen uruguayo", en C. A. Soto Coaguila, J. L. De Los Mozos y De Los MOzos & A. A. Alterini, *Contratación Contemporánea,* Editorial Palestra, 2001.
9. Véase, Colección de Jurisprudencia 2000-III-Civil, *Fallo Civil 106-200.*
10. Véase, L. Diez-Picazo, N. 5, p. 497.

se debe acudir a los criterios objetivos; sin embargo, es claro que todos los criterios de interpretación pueden ser utilizados de manera concurrente y deben ser vistos como una caja de herramientas que la ley pone a la disposición del intérprete para que pueda realizar eficazmente su tarea. Abocado al caso concreto, que puede ser tan diverso como lo son los contratos, las partes, los estilos de redacción y más, el intérprete deberá analizar y escoger los criterios más apropiados al caso para utilizarlos en su labor.

Finalmente, en cuanto a los destinatarios de las normas sobre interpretación, ellas son dirigidas primeramente a las partes, pues son quienes deben realizar la operación interpretativa, sea para cumplir adecuadamente las obligaciones del mismo, sea para exigir el cumplimiento de los otros contratantes.

La interpretación efectuada de común acuerdo por las partes constituye la interpretación auténtica del contrato y puede tomar la forma de una nueva declaración complementaria. Si surgen controversias sobre la interpretación del contrato, será el juez o árbitro a quien se someta la controversia quien deberá aplicar las normas al menos sobre los puntos concretos en disputa para dirimir el conflicto.

2.1 La detección de la intención común

La actividad interpretativa propiamente dicha tiene como objeto principal determinar cuál fue la voluntad común de las partes contratantes.

Antes de entrar a analizar los métodos para realizar tal averiguación, conviene detenernos un poco en indicar en qué consiste esa intención común. Lo primero es que se trata de encontrar la voluntad concurrente de ambas partes y no las voluntades individuales de ellas.

Otro importante señalamiento es que lo que se busca determinar es la intención al momento de perfeccionarse

el contrato y no lo que las partes quieren al momento de la interpretación, que puede ser distinto. La intención podría haber variado entre esos dos momentos y, de ser así, más que una interpretación auténtica, las partes deberían acordar una modificación al contrato.

Otro aspecto de interés es puntualizar que siendo la intención común aquello sobre lo que las partes consintieron, se debe tener en cuenta para determinarla, no solo lo declarado con palabras, sino también las conductas y comportamientos de las partes. Como ha señalado Ordoqui[11], el dogma del consenso tiene un "antes" y un "durante" que deben considerarse en la interpretación, y existen "comportamientos concluyentes" que pueden tener gran significación. A veces el silencio puede ser muy expresivo de una voluntad.

En la indagación de la intención común, lo natural es empezar con una revisión del texto del contrato, teniendo presente que inclusive para establecer que el sentido de las expresiones es claro se necesita realizar una actividad interpretativa.

Hay que advertir, sin embargo, que aun si se determina que el elemento literal es claro, la interpretación no puede detenerse allí. Un texto, en principio aparentemente claro, puede no serlo una vez cotejado con otros elementos o materiales de interpretación. Incluso puede darse el caso de que la aparición de nuevas circunstancias haga tornar oscura una norma que parecía clara.

2.2 La interpretación gramatical

La preeminencia otorgada a la intención común puede conducir al error de querer encontrar una contradicción entre aquella y el texto del contrato, cuando lo natural es lo

11. Véase, G. Ordoqui Castilla, N. 8.

contrario[12]. Es de asumir que los contratantes han utilizado bien el lenguaje y han acordado en un texto del contrato que expresa adecuadamente la intención común que ellos tuvieron en mente al celebrarlo. Sin embargo, es posible que no exista concordancia entre el texto y la común intención por una variedad de factores. Escasas habilidades de redacción, falta de revisión y cuidado son solo algunos factores. Por otro lado, la riqueza del lenguaje y la diversidad de maneras en emplearlo es enorme.

En el derecho ecuatoriano, la norma del art. 1576 del Código Civil reconoce de manera implícita la interpretación del tenor literal del contrato y señala: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella antes que a lo literal de las palabras"[13].

Como se ve, esta norma se enfoca directamente en una hipótesis de conflicto entre la intención común de las partes y lo literal de las palabras del contrato. Pero, como se ha dicho, esta es una situación de excepción.

Más apropiada resulta, a mi juicio, la norma del art. 1281 del Código Civil español que expresa: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas".

En esta disposición se distinguen claramente dos supuestos. El primero, el de claridad de los términos del contrato y coincidencia

12. En este sentido Ospina señala: "Pero mientras no esté 'claramente' establecida, como lo exige el comentado texto legal, la antítesis entre la intención de los contratantes y la declaración que estos hacen de ella, el intérprete debe respetar esta declaración, y esto por la razón obvia de que es de presumir que los términos empleados por los agentes lo han sido conscientemente; que estos han materializado su verdadero querer interno, o sea, que lo han interpretado de modo auténtico". G. Ospina Fernández, & E. Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* Temis, 2000, p. 405.
13. Código Civil, N. 1, Art. 1576.

indubitable entre ellos y la intención de los contratantes. En este supuesto, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Diez-Picazo ha señalado con agudeza que esta norma no debe entenderse como una exclusión de la interpretación en los casos de claridad, sino como una presunción a favor del sentido literal y, citando a Jordano Barea, indica que lo que se trata de impedir es que, so pretexto de interpretación, resulte tergiversada una declaración que realmente es clara[14].

En el segundo supuesto, cuando pareciere que las palabras fuesen contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalece la intención.

2.3 La interpretación lógica y sistemática

Tal como destaca la doctrina, en esta materia tiene gran importancia el "canon hermenéutico de la totalidad" (Betti), es decir, la interpretación sistemática del contrato. Nuestro Código Civil lo acoge en el inciso primero del art. 1580 cuando dispone que "[l]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"[15].

Es importante anotar que la interpretación sistemática es siempre necesaria y no se trata de una regla subsidiaria, pues interpretar una cláusula sin tener en cuenta el contrato en su conjunto pone en riesgo la correcta comprensión del significado de ella, ya que, como ha señalado Bianca[16], incluso una cláusula aparentemente clara se debe ver y entender en el marco del conjunto unitario que es el contrato.

La interpretación sistemática es de innegable valor para determinar la intención pues, como ha dicho el Tribunal Supremo

14. L. Diez-Picazo, N. 5, p. 501-502.
15. Código Civil, N. 1, Art. 1580.
16. M. Bianca, *Derecho Civil,* Tomo 3: El Contrato, 1era Ed., Editorial Cordillera, 2007, p. 453.

Español, "[l]a intención, que es espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás sino en el todo orgánico que constituye[17]. En igual sentido, nuestra Corte Nacional de Justicia ha señalado que la norma del art. 1580 del Código Civil (antes 1607) obliga al intérprete a que en el caso de que existan en un contrato varios acuerdos de voluntad, que forman una unidad, todas y cada una de sus cláusulas deben ser apreciadas en conjunto y con coordinación y armonía[18].

La interpretación sistemática lleva a evitar o superar las antinomias y contradicciones y determinar cuáles son las disposiciones de carácter principal frente a las accesorias. Esta interpretación puede y debe aplicarse no solo a las cláusulas de un mismo contrato sino también a la relación que varios contratos puedan tener dentro de una unidad negocial compleja, cuando todos ellos se celebren para conseguir una finalidad económica unitaria[19].

Nuestro Código Civil acoge esta idea en el inciso segundo del art. 1580 cuando señala: "Podrán también interpretarse por la de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia"[20]. El ámbito de esta norma, sin embargo, es más amplio, porque abarca también a diversos contratos así no formen estos parte de la misma unidad negocial.

2.4 El método histórico

La interpretación histórica de las circunstancias en las cuales se celebró el contrato, los antecedentes, negociaciones y trabajos preparatorios pueden arrojar luz para que el intérprete conozca la situación concreta jurídica y económico-social en que las partes se encontraban al celebrar el contrato y lo que buscaban conseguir con su celebración. En el conocimiento

17. Tribunal Supremo de España, STS de 15-feb-75, citado por L. Diez-Picazo, N. 5, p. 502.
18. Colección de Jurisprudencia 2000-II-Civil, *Fallo Civil* 8-2000, pp. 215-224.
19. Véase, L. Diez-Picazo, N. 5, p. 502.
20. Código Civil, N. 1, Art. 1580.

detallado de las circunstancias históricas en que se celebró un contrato puede estar la clave para entender cuál fue la intención común de ellas al celebrarlo.

También puede ayudar a la interpretación la manera como las partes hayan aplicado o ejecutado el contrato voluntariamente, o una de ellas con aprobación de la otra. Este es el llamado "comportamiento interpretativo", que nuestro Código Civil acoge en el inciso tercero del art. 1580 como pauta de interpretación.

2.5 La interpretación finalista

Es innegable que para conocer el sentido de un contrato resulta esencial averiguar cuál era el objetivo principal que guiaba a los contratantes, cuál era la concreta situación económico-social que ellos pretendían que cumpla el contrato, pues ello es su última razón de ser.

A preguntarnos todo ello nos conduce el art. 1579 del Código Civil ecuatoriano, cuyo texto expresa en el inciso primero: "En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato".

La expresión "naturaleza del contrato" se refiere al tipo de contrato, que puede ser nominado o atípico y, en consecuencia, exige averiguar y considerar la función económico-social que está llamado a cumplir. Por su parte, la expresión inicial de la norma, "En los casos en que no apareciere voluntad contraria", luce como una reiteración de la amplia autonomía con que cuentan los contratantes para escoger un determinado tipo contractual, para excluir o modificar ciertas normas que usualmente formarían parte del mismo. Naturalmente, esta alternativa es posible solamente en cuanto se trate de normas supletorias y no de carácter imperativo.

Ya en el orden práctico, la averiguación de la finalidad concreta buscada por las partes al celebrar un contrato debe ser una de las primeras actividades que realice el intérprete, pues ello le permitirá realizar la calificación del mismo y dar luces para determinar la intención común que tuvieron al celebrarlo.

Otra expresión del criterio finalista como pauta para la interpretación es la norma contenida en el art. 1578, que recoge el principio de conservación y sentido efectivo. Según dicha norma: "El sentido en que una cláusula pueda surtir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de surtir efecto alguno".

Si bien la norma se refiere sólo al sentido de una cláusula, y no del negocio entero, la doctrina considera que puede aplicarse al contrato en general[21], pues debe presuponerse cierta dosis de racionalidad en los contratantes que no debieron buscar disposiciones inútiles.

También conviene señalar que la norma del art. 1578 nada dice sobre la posibilidad de que, existiendo una pluralidad de sentidos, en todos ellos el contrato sea eficaz. En este caso habrá de acudirse a los métodos de interpretación subjetiva o al de la interpretación finalista.

2.6 El principio de buena fe

Según la norma del art. 1562 de nuestro Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe. Si bien la norma se refiere a la buena fe en la ejecución de los contratos y no en la interpretación de ellos, existe un amplio consenso en la doctrina en el sentido de que ella, como principio general del derecho, es de plena aplicación obligatoria al interpretar los contratos. Además, si para ejecutar el contrato es necesario interpretarlo -como ha quedado dicho arriba-, para ejecutarlo de buena fe, su

21. L. Diez-Picazo, N. 5, p. 507.

interpretación debe considerar necesariamente este elemento. Sería un contrasentido para el sistema aceptar una interpretación contraria a la buena fe. Ello llevaría a permitir que la deslealtad y las argucias triunfen sobre la moralidad y la ética.

Por el contrario, la doctrina ha señalado que, siendo un principio general del ordenamiento jurídico, la buena fe domina todas las formas o métodos de interpretación[22], sean estos objetivos o subjetivos, pues se trata de un principio ético-social que irradia toda la materia contractual.

La buena fe es un estándar objetivo constituido por lo que una persona razonable habría entendido en las circunstancias en las que se celebró el contrato, y ese entender debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar el contrato, pues viene exigido por la confianza razonable que se ha podido generar en el contratante.

Esa confianza razonable se determina, dice Bianca[23], según lo que una parte haya hecho entender a la otra por medio de sus declaraciones y comportamientos, valorados según el parámetro de la diligencia normal. La buena fe impone **(i)** no suscitar una falsa confianza; **(ii)** no especular con esa falsa confianza; y, **(iii)** no desconocer la confianza razonable generada a la otra parte.

Por otra parte, señala el mismo autor[24] se prohíben interpretaciones capciosas en contradicción con la causa del contrato y el espíritu del acuerdo. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuye sea el más conforme con la lealtad y las normas éticas[25].

Una clara aplicación del principio de buena fe es la regla de interpretación contractual contenida en el inciso segundo

22. A. Ariza, *Interpretación de los contratos, Editorial Hammurabi,* 2005, p. 444.
23. M. Bianca, N. 16, p. 445.
24. Ídem, pp. 445-446.
25. Véase, L. Diez-Picazo, N. 5, p. 500.

del art. 1582 del Código Civil, que consagra la llamada "carga de hablar claro".

Según dicha norma, "las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse por ella".

El principio de la buena fe postula que quien emite una declaración debe ser responsable de lo que dice y que debe protegerse la confianza de quien es destinatario de la misma.

La carga de hablar claro significa que quien emite la declaración, quien redacta la respectiva cláusula, debe expresarse de forma tal que el destinatario entienda el sentido real de lo que se declaró, y si la declaración es ambigua, ella deberá interpretarse en contra del contratante que emitió, redactó o es responsable de tal declaración.

La regla que estamos comentando, que es conocida también como de la "interpretación contra el estipulante", es de aplicación en los contratos de adhesión y en las condiciones generales de la contratación, cuando el contrato es redactado por una de las partes y la otra simplemente se adhiere al mismo, pero también se aplica a otros casos en que la declaración de la cláusula ha sido efectuada por una sola parte, como en los casos de oferta preparada por una parte y aceptada por otra, o casos en los que una de las partes se encarga de la redacción del documento o de la específica cláusula en la que existe la ambigüedad.

Explicando la operatividad del principio de buena fe ante la emisión de declaraciones equívocas, Larenz ha indicado que, "si quien emite una declaración lo hace de forma equívoca e

induce al error, es responsable de los medios de expresión por él utilizados"[26]. Sin duda la norma que comentamos recoge esta idea.

3. Posibilidad de una interpretación derogatoria

Conviene tener presente que puede darse el caso en que ambos contratantes hayan convenido en un acuerdo que sea ininteligible y ello haga imposible determinar su sentido. En otras palabras, puede ocurrir que ambas partes hayan incumplido la regla de hablar claro.

La situación indicada no se encuentra prevista expresamente en nuestro ordenamiento, pero creemos que la consecuencia de esta patología debe ser la nulidad del contrato.

Esa es la consecuencia prevista en el Código Civil español, en cuyo art. 1289, inciso final, se indica:

> Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo[27].

La causal de nulidad podría ser la falta de objeto pues un acuerdo en el que es imposible determinar cuál es el compromiso u obligación que contraen las partes carece de objeto.

La extrema frecuencia con que los árbitros se ven abocados a interpretar contratos para resolver los casos sometidos a su decisión, es extrema. Por ello me ha parecido pertinente dedicar este breve ensayo a repasar los aspectos, en mi opinión más relevantes, de este tema siempre actual.

26. Citado por G. Ordoqui Castilla, N. 8, p. 334.
27. Código Civil español. Art. 1289.

La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad

*Leonardo Coronel Larrea**
*Isabel Núñez Patiño***

Recibido/Received: 30/05/2019
Aceptado/Accepted: 31/07/2019

Resumen: El presente trabajo busca esclarecer ciertas confusiones que existen dentro del mundo del arbitraje. Asimismo, se plantea estudiar los problemas esenciales que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en cuanto al criterio de arbitrabilidad objetiva que el Ecuador establece: la transigibilidad. Dentro de este desarrollo se demostrará la arbitrabilidad, en sus dos facetas,

* Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: leonardocoronellarrea@gmail.com / lcoronel@estud.usfq.edu.ec

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: isabelitanp97@gmail.com / nnunezp@estud.usfq.edu.ec

L. Coronel Larrea & I. Núñez Patiño, "La transigibilidad. Un criterio erróneo de arbitrabilidad". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 10, 2019, pp. 155-186.


Revista Ecuatoriana de Artbitraje • No. 10 • 2019, 155-186.
ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649 / rea1006



subjetiva y objetiva. Con posterioridad, se centrará en la competencia *ratione materiae* y como esta se ha desarrollado en otras legislaciones. Finalmente, se expondrán los problemas que se encuentran enraizados en el criterio de transigibilidad, proponiendo que se deben realizar ciertos cambios siguiendo la perspectiva del arbitraje moderno.

Palabras Clave: arbitrabilidad, arbitrabilidad objetiva, transigibilidad, renunciabilidad, arbitraje, convenio arbitral, competencia, tribunal arbitral, *ratione materiae*, LAM.

Transigibility: an incorrect arbitrability standard

Abstract: The present work seeks to clarify certain confusions that exist within the world of arbitration. Likewise, it is proposed to study the essential problems that are found within the Ecuadorian legal system, specifically with regard to the criterion of objective arbitration that Ecuador establishes: the transigibility. Within this development, arbitrability will be demonstrated, in both its facets, subjective and objective. Subsequently, it will focus on the *ratione materiae* competition and how it has developed in other legislations. Finally, the problems that are rooted in the transferability criterion will be exposed, proposing that certain changes must be made following the perspective of modern arbitration.

Keywords: arbitrability, objective arbitrability, transigibility, renunciability, arbitration, arbitration agreement, competence, arbitral court, *ratione materiae*, LAM.

1. Introducción

El nacimiento de Atenea, la diosa de la sabiduría, las ciencias, la justicia, la guerra, la civilización y la destreza, fue

un hecho propio de la magnificencia de la favorita de Zeus. En un principio, el temor que sintió el regente del Olimpo por llegar a ser sobrepasado por uno de sus hijos fue tan grande que, cuando la madre de Atenea estaba en cinta, decidió tragársela para así evitar que su miedo se materializara[1]. Con el paso del tiempo, un malestar acongojó a Zeus, la molestia creció a tal punto que obligó a Hefesto que con un hacha abriese su cabeza, de donde nació Atenea "perfectamente armada y profiriendo su grito de guerra"[2].

Así como sucedió con Atenea, podemos ver que la justicia ordinaria presenta el mismo temor que Zeus: ser sobrepasada; en virtud de ello, trata de tragar a quien le profiere este miedo, el arbitraje. Es por esta razón, que se limita al sistema arbitral permitiendo que sólo determinados puntos puedan ser discutidos por este medio. Es indudable que el temor de ser superada involucra la creación de criterios inadecuados e inaplicables para limitar al sistema.

Sin embargo, así como Atenea nació armada y profiriendo el grito de guerra, el arbitraje ha nacido con principios que funcionan como armadura, protegiendo así su existencia, y la arbitrabilidad siendo su genialidad. Es claro que, con el paso del tiempo, esta genialidad irá incrementando para al final convertirse, como lo fue Atenea, en la favorita de su padre. El presente trabajo pretende realizar un análisis para **(i)** clarificar los momentos jurídicos del arbitraje. De esta manera, **(ii)** definir la arbitrabilidad y su división, para ahondar en la parte objetiva, materia del presente trabajo. Seguido a ello observaremos **(iii)** el criterio de arbitrabilidad en la legislación ecuatoriana; **(iv)** y en el derecho comparado. Finalmente, **(v)** se expondrá la necesidad de otro criterio de arbitrabilidad y la propuesta a seguir.

---

1. S. B. Pomeroy, *Diosas, rameras, esposas y esclavas*, Vol. 104, Ediciones AKAL, 2004.
2. Ibídem.

2. A manera de aclaración

Es preciso aclarar determinados temas que han causado inconvenientes en el estudio de la Teoría General del Arbitraje. En primer lugar, es preciso tomar en cuenta el derecho por el que se rige el arbitraje, ya que de este se puede analizar, tanto la parte procesal y procedimental, así como la sustancial de la controversia[3]. Esto es de vital importancia, porque cada elemento del proceso debe ser corroborado tomando en cuenta los elementos legales para su correcta formación.

Tomando en cuenta este criterio, la primera norma que rige al proceso arbitral es la ley procesal o *lex arbitrii*. Esta es aquella que se enfoca en:

> la definición y forma del acuerdo arbitral; la determinación de si las controversias pueden o no someterse a arbitraje; la constitución del tribunal arbitral y las causales de recusación de dicho tribunal, el derecho del tribunal arbitral a decidir sobre su propia jurisdicción; el trato equitativo entre las partes; la libertad de establecer normas procesales detalladas; las medidas cautelares; los escritos de demandas y contestación; las audiencias; […] y, la forma y validez del laudo arbitral y el carácter definitivo del laudo, incluido el derecho a impugnarlo ante tribunales de justicia del lugar del arbitraje[4].

En el caso ecuatoriano, sin lugar a dudas, se puede afirmar que la Ley de Mediación y Arbitraje (en adelante, LAM) cumple con todos los enfoques que se esperan de la *lex arbitrii.*

Como segunda norma, se encuentra la ley sustancial o de fondo de la controversia. Es claro que la tarea primordial del tribunal arbitral es solventar el conflicto con base en normas

3. K. H. Böckstiegel, "Pespectives of future development in International Arbitrarion", en L. W. Newman & R. D. Hill (Eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration,* Juris Publishing Inc, 2004.
4. A. Redfern et al., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional,* 4ta Ed., La Ley, 2007.

generales y la subsunción de una base fáctica; para ello en cualquier relación jurídica debe existir un derecho de fondo, derecho aplicable o ley aplicable que regule esta[5]. Es decir, un ordenamiento jurídico que regule de manera general ciertos elementos de existencia, validez y eficacia de las instituciones legalmente reconocidas. En el Ecuador, la norma por antonomasia que contempla estos requisitos es el Código Civil.

Finalmente, las normas procedimentales, son aquellos reglamentos administrativos que se encargan del correcto funcionamiento del arbitraje, tanto en logística como en plazos y diligencias. Regularmente son aquellas normas utilizadas por los centros de arbitraje, cuando se habla de arbitrajes institucionales o administrados. Estas normas buscan que las partes procesales solo se enfoquen en litigar y no en los engorrosos pasos detrás del correcto funcionamiento de un proceso. Sin embargo, esto no quiere decir que un arbitraje *ad-hoc* no se pueda utilizar este tipo de normas, pues lo más común es que las partes acuerden seguir el lineamiento por una normativa procedimental ya establecida.

Ahora bien, en el arbitraje se debe tener en cuenta una división de momentos jurídicos, más que momentos temporales en sí mismos. Estos momentos son: **(i)** Existencia; **(ii)** Validez; y, **(iii)** Suficiencia. Cada uno de estos momentos tiene fundamental importancia pues repercuten y desencadenan los efectos esperados del convenio arbitral. Para terminar en el análisis de la competencia que tiene el tribunal arbitral. En este mismo sentido, las leyes del arbitraje convergen con este *íter* jurídico, toda vez que son las que establecen el cumplimiento o no de los requisitos necesarios para el correcto funcionamiento del arbitraje. A continuación, se procederá a revisar de manera breve a cada uno de estos para tener un panorama claro.

---

5. *Compagnie d'Armement Maritime S.A. c. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A.*, House of Lords, 1971.

2.1 La existencia del convenio arbitral

La existencia engloba el análisis del nacimiento del convenio arbitral. Es decir, determinar si, efectivamente nació o no, a la vida jurídica un convenio por el cual las partes escogen el arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos (en adelante, MASC). Convenio que genera "derechos potestativos a excepcionarse en la justicia ordinaria" en cada una de las partes[6].

Para que se considere que existe el convenio se debe recurrir a la teoría general del negocio jurídico. En este sentido, cabe revisar tanto la *lex arbitrii*, como la ley sustancial del arbitraje. Los requisitos que la doctrina ha establecido son: **(i)** la voluntad; **(ii)** el objeto; y, **(iii)** las solemnidades que la ley exija[7]. Una vez que concurren todos estos elementos se ha de proceder a considerar como existente al convenio, y por ende se puede continuar hacia el análisis de validez.

Tomando en consideración cualquier ley procesal, es claro que el convenio arbitral debe ser por escrito[8]. El mismo criterio lo acogen la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo CNUDMI)[9] y la Convención de Nueva York (en adelante, CNY). El artículo II de la CNY establece que: "La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes [...]"[10]. Esto apunta a que es un

---

6. Sobre el análisis de la naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral, véase O. Santos Dávalos, "Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 8, 2016, pp. 117-142.
7. G. Ospina Fernández & E. Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico,* 7ma Ed., Editorial Themis, 2018.
8. G. Born, *International Commercial Arbitration: International and USA Spects*, Transnational Publishers Inc., 2011.
9. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006), Art. 7.2.
10. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Art. II.

mandamiento de existencia de este negocio jurídico. Es decir, podría considerarse que es un requisito *ad solemnitatem*, toda vez que la voluntad de arbitrar debe ser reducida a escrito[11].

Sin embargo, en la jurisprudencia y la doctrina actual, el requisito de contener la cláusula arbitral por escrito ha dado un vuelco totalmente interesante, tal es así que se han realizado varias interpretaciones acerca de la naturaleza jurídica de este requerimiento[12]. Es claro que:

> [e]xiste una tendencia generalizada para aplicar el requisito 'por escrito' bajo la Convención [de Nueva York] de manera liberal, de acuerdo con el enfoque pro-ejecución y las actuales prácticas internacionales en donde los contratos se celebran por distintos medios. Una ampliación inflexible del requerimiento escrito […] sería contradictoria a los usos comerciales corrientes y generalizados[13].

De la misma manera, para Cantuarias y Caivano, la escrituración del convenio arbitral ha pasado de ser un requisito ad solemnitaten a ser un elemento *ad probationem*[14]. Es decir, una fórmula que ayude a corroborar los ámbitos de aplicación del tribunal arbitral una vez surgida la controversia, más no un ritual de formalidades que coarten la inevitabilidad del arbitraje.

Siguiendo esta línea, se podría afirmar que la existencia del convenio debe probarse, por lo que es necesario que conste algún tipo de fórmula en la que se haya materializado la concurrencia de las voluntades de las partes. La prueba ha de darse por escrito, como lo señala el artículo 5 de la LAM[15]. Esto conlleva a que siempre el convenio tenga como elemento existencial su escritura.

---

11. R. Von Ihering, *Espíritu del derecho romano*¸ Tomo III, 2da Edición, 1880.
12. H. García Larriva, "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, pp. 81-82.
13. ICCA, *Guía ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York,* 2013.
14. F. Cantuarias Salaverry & R. J. Caivano, "La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 7, 2008.
15. Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 5, RO No. 147, 14/12/2006.

Por lo tanto, la escritura del convenio puede darse de manera formal o informal, es decir, que no debe seguir un procedimiento específico para que sea considerado un convenio arbitral, lo que significa que basta su existencia tangible en cualquier medio sea físico o electrónico.

2.2 La validez del convenio arbitral

Dentro de la segunda fase o momento jurídico de este íter de análisis, se debe tener en cuenta un listado de requisitos necesarios para proceder a revisar su cumplimiento. El análisis se reduce a verificar si el convenio cumple con los requisitos de validez comunes a todos los negocios jurídicos que recoge la ley sustantiva del proceso arbitral [**supra § 2.**]. Como señala el artículo 1461 del Código Civil[16], los requisitos son los siguientes: **(i)** la capacidad de las partes; **(ii)** la voluntad libre de vicios; **(iii)** objeto lícito; y **(iv)** causa lícita. A continuación, procederemos a revisar brevemente cada uno de ellos.

2.2.1 Capacidad

Como regla general se tiene que toda persona es capaz, así lo señala el artículo 1462 del Código Civil[17], siendo necesario que se vean quiénes son las personas incapaces que declara la ley de manera taxativa. Este listado se compone por una división entre incapaces generales e incapaces especiales, comenzando con los incapaces generales se tiene una subdivisión que se compone por incapaces absolutos e incapaces relativos.

Por una parte, los incapaces absolutos son "los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas"[18],

16. Código Civil, Art. 1461, RO No. 46, 24/06/2005.
17. Ídem, Art. 1462.
18. Ídem, Art. 1463.

teniendo como efecto que sus actos no surtan efecto alguno. Por otra parte, los incapaces relativos, que son "los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas"[19], tienen la posibilidad de que sus actos surtan efecto alguno bajo ciertas circunstancias y cuando la ley lo permita. En el caso de los incapaces especiales nos encontramos con la "prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos"[20].

2.2.2 Manifestación de la voluntad libre de vicios

Cuando se habla de que la voluntad se encuentre libre de vicios se trata de que el consentimiento puede verse afectado por el error, la fuerza y el dolo como lo señala el artículo 1467 del Código Civil[21]. El error vicia el consentimiento cuando recae sobre la identidad de la cosa, sobre una cualidad de la cosa, sobre el negocio jurídico que se está celebrando, sobre la identidad de la persona con la que se contrata cuando haya sido la causa principal por la que se contrató.

Cuando se trata de la fuerza, existe vicio cuando se ha producido una "impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición"[22], y posee el temor de verse expuestos a ésta la persona misma, "su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave"[23]. El dolo se ve restringido a la acción de una de las partes y que sea evidentemente manifiesto que no ser por él no se hubiese contratado, caso contrario el dolo no produce vicio en el consentimiento, como lo señala el artículo 1474 del Código Civil[24].

19. Ibídem.
20. Ibídem.
21. Ídem, Art. 1467.
22. Ídem, Art. 1472.
23. Ibídem.
24. Ídem, Art. 1474.

2.2.3 Objeto y causa lícita

En el caso del objeto es necesario que este se encuentre dentro del comercio jurídico, que se determine o sea determinable, en el caso de que sea una cosa, pero so se trate de un hecho se debe ver su posibilidad física y moral, es decir, que sea realizable y que no vaya contra el orden público y las buenas costumbres. En cuanto a la causa, se debe entender "el motivo que induce al acto o contrato"[25] la cual no es contraria a las buenas costumbres o al orden público; su importancia radica en que no puede existir obligación sin ella, pero no es necesario que se la exprese.

2.3 La suficiencia del convenio arbitral

En esta tercera fase se analiza la suficiencia del convenio para que surta los efectos deseados por las partes. Por ello es necesario sacar a relucir el principio de *kompetenz-kompetenz*. Este se entiende como "la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, al igual que, sobre las excepciones referentes a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje"[26]. Su origen se da en una sentencia emitida por el Tribunal Superior de la República Federal de Alemania en el año 1955. En esta se estipulaba que se debía conceder a los árbitros la potestad tanto de establecer el "alcance del acuerdo arbitral que se somete a su conocimiento"[27], como conocer su propia competencia y autoridad.

Así mismo, este principio se dio a relucir en la sentencia emitida, en el caso *First Options of Chicago Inc. c. Kaplan*, del año de 1995 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En este caso sucedió que, tras la caída de la bolsa de 1985, First Options

25. Ídem, Art. 1483.
26. S. Vargas, C. Figuera & J. F. Puertas Barahona, "El Principio *kompetenz-kompetenz* del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano". *Revista de la Facultad de Jurisprudencia RFJ*, 2018.
27. J. Fernández, R. Arenas & P. A. De Miguel, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, 2007.

demandó a Manuel Kaplan, a su esposa y a su compañía MK Investments Inc. él pagó inmediatamente la deuda que tenían. Al momento en que First Options demandó por el pago insatisfecho, se procedió a solicitar el arbitraje en un panel de la Bolsa de Valores de Filadelfia, basándose en acuerdos de entrenamiento, que regían el funcionamiento de las deudas de Kaplan, su esposa y MKI. Sucedió que MKI había firmado un documento en el que se encontraba un acuerdo de arbitraje, cosa que no habían hecho los Kaplans, por lo que presentaron objeciones.

Estas objeciones tenían que ver con que el desacuerdo que mantenían los Kaplan con First Options no era arbitrable, por lo que se procedió a decidir sobre los méritos de la disputa, resultando en que los árbitros decidieron a favor de First Options. En última instancia, el Tribunal de Apelaciones revocó el laudo, al considerar que la disputa no era arbitrable. La pregunta que se encontró en este caso fue, si la arbitrabilidad de la controversia se encuentra sujeta a revisión independiente por parte de los tribunales y si deben los tribunales de apelación aplicar un estándar de *abuso de discreción* al revisar los tribunales de arbitraje que sostienen los laudos.

La respuesta que dio la Corte para esto fue que la capacidad de arbitraje del presente caso estaba sujeta a una revisión independiente por parte de los tribunales y que, en lugar de un estándar especial de abuso de discreción, los tribunales de apelación deberían aplicar una normativa común al revisar las decisiones que provienen de los tribunales de distrito que sostienen los laudos arbitrales, concluyendo específicamente que "debido a que los Kaplans no acordaron claramente someter la cuestión de la arbitrabilidad al arbitraje, el Tribunal de Apelaciones acertó al encontrar que la arbitrabilidad de la disputa de Kaplan-First Options estaba sujeta a una revisión independiente por parte de los tribunales"[28]. A pesar de haber

28. *First Options of Chicago, Inc. c. Kaplan,* Corte Suprema de Estados Unidos, 1995.

anulado el laudo en este caso, la Corte Suprema de Justicia mantiene y recalca los efectos del *kompetenz-kompetenz,* toda vez que el tribunal arbitral el primer encargado para dirimir su propia competencia.

Según lo establece Giuseppe Chiovenda, "la competencia es el conjunto de las causas en que puede ejercer, según la ley, o jurisdicción, y en otro, se entiende por competencia esta facultad del tribunal considerada en los límites en que le es atribuida"[29]. Así mismo la Corte Suprema de Chile establece que:

> Las reglas de competencia se orientan a determinar cuál será el tribunal competente para conocer de un asunto determinado, pudiendo reconocerse aquellas de carácter general, aplicables a toda clase de materia y tipo de tribunales –de radicación; del grado o jerarquía; de extensión; de prevención o inexcusabilidad y de ejecución y las especiales, que dicen relación con la competencia de los tribunales que integran el Poder Judicial, pudiendo a su vez distinguirse entre estas, las relativas a la competencia absoluta, esto es, la cuantía, la materia y el fuero personal, y las de competencia relativa, que son aquellas que tienen por objeto determinar de entre tribunales de una misma jerarquía o categoría, cuál de ellos será el competente para conocer de un asunto determinado[30].

La competencia no sólo se debe divisar dentro de la justicia ordinaria, sino que también es necesario conocer cómo se comporta en los medios alternativos de resolución de conflictos, específicamente en el arbitraje. En este punto, converge el análisis de la arbitrabilidad, como factor común a todo proceso arbitral.

3. Aproximación al problema: ¿qué es la arbitrabilidad?

La arbitrabilidad es aquel criterio legal que busca el interés general de la resolución de controversias, y está íntimamente

29. G. Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Vol. II, Revisto, p. 175.
30. *Adm. de Inv. y Sup. Unimarc S.A. con Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S.A., Interagro Comercio y Ganado* S.A, Corte Suprema de Chile, Sentencia, 9/12/2013.

relacionado con los asuntos (materia) que pueden ser solventados y partes (persona) que pueden ser juzgadas por arbitraje[31]. Es decir, es aquella "susceptibilidad del objeto de las pretensiones de las partes de ser resuelto en un arbitraje; [y] los criterios de la arbitrabilidad de las partes de ser resuelto en un arbitraje"[32]. En este sentido existen dos tipos de arbitrabilidad, la doctrina realiza la siguiente división: **(i)** arbitrabilidad subjetiva; y, **(ii)** arbitrabilidad objetiva[33].

La arbitrabilidad subjetiva se da en razón de las personas, mientras que la objetiva se da de acuerdo a las materias comprendidas. Según la Ley Modelo CNUDMI, existe una sola arbitrabilidad, esto es, la objetiva. Centrándonos en esta división se explicará brevemente la arbitrabilidad subjetiva, pues no es materia del presente trabajo. El criterio de arbitrabilidad subjetiva se refiere a "controversias en las que ciertos individuos o entidades son considerados incapaces para remitir sus disputas al arbitraje por razón de su estatus o funciones"[34]. En síntesis, es lo que se conoce como competencia *ratione personae*, básicamente la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse y poder juzgar a determinadas partes cobijadas por el convenio arbitral.

3.1 Arbitrabilidad objetiva

Al enfocarse en la arbitrabilidad objetiva, determinar o no las materias susceptibles de ir a arbitraje, es a todas luces, decisión de cada Estado. Es decir, este criterio depende del derecho doméstico de cada país, pues como se puede ver en el artículo 1(5) de la Ley Modelo CNUDMI se prescribe que:

31. E. Gaillard & J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
32. Collantes et al., *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*, Lima, 2011.
33. E. León Robayo, "Perspectiva y arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional", *Opinión Jurídica,* Vol. 11, No. 22, 2012.
34. Ibídem.

"[e]sta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se pueda someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley"[35]. En algunas legislaciones la arbitrabilidad de una controversia coincide con "la disponibilidad que tienen las partes respecto del objeto"[36], mientras que, en otras, "resulta arbitrable cualquier interés patrimonial, sin que esta noción coincida con la naturaleza disponible de los derechos"[37].

La arbitrabilidad objetiva trata de "determinar si el contenido mismo del asunto puede ser objeto de arbitraje y, por ende, conocido por árbitros"[38]. En otras palabras, se ve las materias que por mandato del legislador han sido reservadas para ser revisadas solamente por los jueces nacionales.

En la actualidad no existe un consenso general sobre las materias que no son arbitrales, toda vez que varían de jurisdicción en jurisdicción[39]. Sin embargo, se han determinado algunas tendencias respecto a este punto. Por ello en necesario seguir a Cárdenas en este aspecto, ya que sostiene que: **(i)** el arbitraje que no se encuentra relacionado con litigios patrimoniales es improcedente; **(ii)** los litigios patrimoniales cuya decisión se reserva a las entidades públicas, considerando los intereses existentes y la plausible afectación que se pudiese ocasionar a terceros; **(iii)** las controversias dentro de procesos concursales referidas a las decisiones o actuaciones propias del mismo no son arbitrables; **(iv)** derechos que poseen una indisponibilidad absoluta; y, **(v)** el hecho de que se aplique una norma de orden público

35. Ley Modelo de la CNUDMI, N. 9, Art. 5.
36. E, Mereminskaya, "La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada", *Iuris Dictio: Arbitrabilidad y orden público*, 2007.
37. Ibídem.
38. Ibídem.
39. F. González De Cossío, *Arbitraje*, 2da Ed., Editorial Porrúa.

no afecta la posibilidad de arbitrar[40]. Esta bifurcación se da debido a que en algunos países se puede arbitrar y en otros se encuentra prohibido hacerlo.

De hecho, revisando estas tendencias actuales se puede ver que tiene dos dimensiones, la primera es que puede ser vista como "una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio [y la segunda dimensión es como] un defecto del convenio arbitral, condición de validez del mismo"[41]. La primera de estas tiene que ver con el fondo del conflicto, por lo que es "la lex causae o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué circunstancias"[42], mientras que la segunda de ésta tiene que ver con el sometimiento de las "consideraciones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral"[43].

A continuación, se revisará algunos antecedentes de la legislación ecuatoriana, además de verificar cómo es el criterio dentro del país y cómo se ha manejado la arbitrabilidad objetiva en legislaciones extranjeras; después se analizará el criterio propio en cuanto al tema.

4. Algunos antecedentes

El sistema arbitral ecuatoriano ha tenido un gran desarrollo en los últimos años. En un principio, se utilizaban de los lineamientos establecidos en la antigua Ley de Arbitraje Comercial, la derogada Ley de la Función Judicial[44]

40. M. Vásquez Palma, "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno", *Revista Ius Et Praxis,* 2016.
41. Ibídem.
42. Ibídem.
43. Ibídem.
44. Véase, Ley Orgánica de la Función Judicial, RO No. 636, 11/09/1974.

(en adelante, LFJ) y el Código de Procedimiento Civil[45]. Este desarrollo termina con la expedición de la LAM[46], que ha ido evolucionando con la práctica durante estos años.

El criterio de arbitrabilidad que antes se utilizaba estaba en el artículo 87 de la LFJ. Este prescribía que: "[p]ueden decidirse por árbitros solo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, puedan trasmitirse por acto entre vivos"[47]. Es decir, las materias susceptibles de arbitraje eran aquellas que las partes podían renunciar a su arbitrio. Con la expedición de la LAM, el criterio fue modificado por el de transigibilidad de la materia. En palabras de Andrade Cevallos, "al haberse derogado esa norma la posibilidad de someter a arbitraje las controversias se ha ampliado"[48]. Sin embargo, este criterio ha generado problemas en la actualidad, a pesar de encontrarse derogado. Toda vez que existen confusiones respecto a este tema, complicando una vez más el sistema.

Por esta razón, este artículo pretende ahondar en un análisis de arbitrabilidad que aclare, en principio, esta problemática. Para poder proponer un diferente lineamiento que guíe y sea directriz del arbitraje en Ecuador.

Es evidente que, tras veinte y dos años de la expedición de la LAM, han existido varios temas de análisis y de desarrollo que han surgido con la evolución práctica del sistema arbitral. Sin embargo, queda claro que varios temas todavía deben ser analizados y reformados para evitar futuros inconvenientes como los que han aparecido durante los últimos años. Ahora es el turno de analizar el criterio de arbitrabilidad, y determinar si el criterio acogido por el ordenamiento jurídico es el correcto o cual sería el cambio que se debe realizar.

45. Véase, Código de Procedimiento Civil, RO No. 58, 12 /07/2005.
46. Véase, Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15.
47. Véase, Ley Orgánica de la Función Judicial, N. 44, Art. 87.
48. M. Andrade Cevallos, "Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012.

5. La transigilidad como regla de arbitrabilidad objetiva en el Ecuador

Se ha demostrado que el criterio de arbitrabilidad objetiva dependerá de la legislación de cada país[49]. Es decir, el legislador es el único que puede determinar la norma a seguir, al ser un tema de política pública, tanto legislativa como judicial[50]. En este sentido, el Ecuador ha optado como la regla de competencia *ratione materiae* que los árbitros deben seguir es la de aquellas materias susceptibles de transacción.

Así lo reconoce la Constitución (en adelante, CRE) en su artículo 190, el cual prescribe que: "[s]e reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda *transigir*"[51] (énfasis añadido). En el mismo sentido, la LAM en su artículo 1 manda que: "[e]l sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de *transacción* […]"[52] (énfasis añadido).

De esta manera, el criterio acogido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano remite el análisis al contrato de transacción recogido en el CC. El artículo 2348 CC la define como: "[…] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual"[53]. Asimismo, el artículo 2349 determina que: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción"[54]. En este punto, el análisis se complica y puede ser mal interpretado, toda vez que entra en juego el tema de la libre disponibilidad.

49. R. J. Caivano, "Arbitrabilidad y Orden Público", *Foro Jurídico,* No. 12, 2013.
50. O. Marzorati, "Los límites del acuerdo arbitral", *Revista La Ley,* 2010.
51. Constitución de la República del Ecuador, Art. 190. RO No. 449, 20/10/2008.
52. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15, Art. 1.
53. Código Civil, N. 16, Art. 2348.
54. Código Civil, N. 16, Art. 2349.

Por un lado, el término transigibilidad puede ser entendido como aquel que requiere concesiones dentro de las partes[55], es decir debe existir la intención de negociar o disponer de un derecho que se tiene. En este punto, es preciso recordar el criterio previo de arbitrabilidad en el Ecuador [**supra § 4.**]. Es decir, la renunciabilidad como lineamiento para determinar materia arbitrable. Debido a que, se han podido evidenciar confusiones entre los términos transigibilidad y renunciabilidad. A pesar de que es claro que transigibilidad no es sinónimo de renunciabilidad[56]. A criterio propio, se entiende que la confusión se da por el antiguo sistema y la falta de actualización con el avance normativo. Por lo tanto, es preciso aclarar y distinguir ambos términos para evitar confusiones incoherentes con el actual desarrollo arbitral. Bajo este presupuesto, es necesario definir y explicar cada termino sujeto a confusión.

Por otro lado, el termino renuncia puede ser definido como "la dejación o reducción voluntaria y consciente patrimonial que se hace de una cosa, un derecho, una acción o un privilegio que está reconocido a su favor[57]. De la misma manera, el Diccionario de la RAE define el término renuncia como: "[h]acer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener"[58]. Estas definiciones dejan como conclusión que renuncia es el hecho por el cual una persona se aparta o abandona un derecho existente dentro de su patrimonio.

Es preciso aclarar que se utilizan estas definiciones por una ausencia de definición legal. Pues en palabras de Santos Dávalos:

> Nuestro Código Civil no contiene definición alguna de renuncia. Empero, su artículo 11 dispone que los derechos

55. G. Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual,* Heliasta, 2008.
56. M. Andrade Cevallos. N. 48.
57. G. Cabanellas, N. 55.
58. Real Academia Española, *Diccionario,* <https://dle.rae.es/?id=Vyqz9zm>, (21/08/2019).

> son renunciables por regla general. Son irrenunciables solo aquellos derechos que la ley ha declarado como tales y aquellos que no miran al solo interés del renunciante[59].

En conclusión, transigibilidad no es lo mismo que renunciabilidad. Por lo tanto, es inconcebible que existan confusiones respecto de estos términos. Actualmente, el criterio de arbitrabilidad objetiva es la transigibilidad de la materia. Sin embargo, de ello, esta postura instaurada en la CRE y la LAM genera problemas, por lo que se la criticará más adelante y se propondrá un cambio dentro de esta regulación.

6. El derecho comparado y la arbitrabilidad objetiva

A nivel mundial la arbitrabilidad se puede ver desde diferentes ópticas. Por lo tanto, es preciso ahondar en los diferentes criterios de arbitrabilidad que pueden existir en el derecho comparado.

En este sentido, existen varias posturas respecto de cómo delimitar la arbitrabilidad objetiva. La primera es la propuesta por Van Den Berg, quien manifiesta que la materia debe ser delimitada bajo el derecho del foro o la *lex fori*; es decir que la ley sustancial delimitará qué es y qué no es arbitrable[60]. En contraste con esta postura se puede observar aquellos quienes sostienen que la *lex arbitrii* o ley procesal es la que determina la arbitrabilidad de los diferentes asuntos que ante ella se presenten[61]. Asimismo, está aquella posición que mezcla las dos anteriores, donde es obligación del árbitro o del juez realizar un análisis utilizando la *lex fori* y la *lex arbitrii* a la vez.

---

59. O. Santos Dávalos, N. 6.
Sobre el artículo 11 del Código Civil: "[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".
60. A. J. Van Den Berg, The New York Convention Guide.
61. G. Asken, "American Arbitration Accession Arrives in the Age of Aquarius: United Estates Implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards", *Southwestern University Law Review,* 1971.

De la misma manera, para un análisis correcto de la competencia ratione materiae, se debe sumar a cualquiera de los tres criterios antes mencionados, lo que Jan Paulsson describe como la *presunción en favor de arbitrabilidad*, que tiene como objetivo beneficiar y tener la puerta abierta para que cualquier controversia pueda ser arbitrable[62], siempre y cuando las partes no interpongan una excepción de inarbitrabilidad. Finalmente, se debe utilizar los criterios de orden público internacional[63], para así evitar cualquier violación de esta institución del derecho, al ser el límite efectivo de la voluntad en el ámbito internacional.

Una vez establecidas las diferentes formas en las que se puede encontrar la arbitrabilidad en el derecho comparado, es preciso ahondar en varios sistemas para observar cómo se ha presentado la evolución de la competencia *ratione materiae*. Para ello, se analizará el ordenamiento francés, con posterioridad el estadounidense, un breve comentario del Derecho europeo y finalmente el enfoque de la región representado por la legislación peruana.

6.1 Sobre el derecho francés

En primer lugar, se analizará el criterio adoptado por Francia. En este caso, la legislación y jurisprudencia dan soluciones conforme el desarrollo práctico del derecho en el país. El Código Civil francés en su artículo 2059 establece que "[t]odas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición"[64]. Es decir, se acoge el criterio de la disponibilidad de derechos reglamentado por las prohibiciones subsiguientes.

62. J. Paulsson, "Still Through a Glass Darkly", *ICC International Court of Arbitration Bulletin: Arbitration in the Next Decade,* Special Supplement, 1999.
63. E. Gaillard & J. Savage, N. 31.
64. Código Civil Francés, Art. 2059.

Toda vez que el artículo siguiente establece como excepciones que "no se pueden comprometer en árbitros las cuestiones de estado y de capacidad de personas, las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o las que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y, más generalmente, *todas las materias que interesen al orden público"* (énfasis añadido)[65].

Esto lleva a ver que existe cierta resistencia a que la arbitrabilidad objetiva sea mucho más abierta en su legislación. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente demuestra lo contrario. Debido a que se está optando por permitir que exista el arbitraje en asuntos de interés de orden público.

Tal es el caso 2004/19673 de la Corte de Apelaciones de Paris, del año 2006[66]. En este proceso se analizó un contrato que se había firmado en 1993 con el artículo 82 del Tratado CE. Así también, versó sobre la relevancia que tenía un contrato firmado en 1991 por las partes. El último contrato fue ampliamente discutido pero su validez nunca se cuestionó en el proceso arbitral. Dentro de las objeciones respecto a la arbitrabilidad de la materia se utilizaban mecanismos guiados a la incompetencia del tribunal arbitral por inmiscuirse en temas de orden público. Se decía que al tratarse de normas de orden público el tribunal arbitral no debía pronunciarse, ni emitir criterio alguno.

Los contratos trataban temas que tienen intereses de orden público, pues se tocaron materias como derecho penal, y derecho de competencia, que por regla general son de orden público. A pesar de aquello, no se vio impedimento en este caso para que se proceda a arbitrar. A la final la Corte rechaza la solicitud de instancia, por los artículos 81 y 82 del Tratado Ce; y confirma las decisiones del 15 de septiembre de 2004 que otorgan la ejecución al laudo del CCI 11018/DB/TE de 5 de

65. Ibíd, Art. 2060.
66. *Caso CT0051*, Corte de Apelaciones de París, Sentencia, 23/03/2006.

noviembre de 2002 y 11018/TE/MW/AVH de 28 de julio de 2004. De esta manera se reafirma el cambio de la forma de pensar del ordenamiento jurídico francés, pues es evidente una ampliación respecto al control de la autonomía de la voluntad de las partes por el orden público.

Asimismo, en el caso 2016/22215 de la Corte de Casación, se presenta una disputa sobre una cláusula arbitral contenida en una sociedad civil. Esta manifestaba que se podía arbitrar cualquier disputa que pueda surgir en relación con el contrato suscrito por las partes, incluyendo los valores de reembolso, las acciones del socio que está retirado o excluido, o la valoración de las acciones. El problema con el que se dio respecto de la materia fue que se incumplió con lo que designaba el artículo 1843.4 del Código Civil, el cual expresamente establece que la cesión de los derechos de una sociedad y el valor de los derechos deberán determinarse de acuerdo a la forma en que se determine la ley y la cesión de derechos se dio conforme a lo que establecían los estatutos de la sociedad, por lo que se iba en contra de lo que establecía el legislador para la protección de derechos de terceros. Sosteniendo que el carácter de orden público no excluye la posibilidad de arbitraje de la disputa, por lo que se decide que estos puntos eran parte del examen de la jurisdicción arbitral.

Tanto la legislación como la jurisprudencia tienen una cohesión. Por un lado, es notorio que los árbitros pueden decidir el incumplimiento y la validez de contratos que tengan que ver en parte con cuestiones que tengan intereses de orden público y la legalidad de la conducta de las partes. Por otro lado, se ve que el legislador ha decidido qué temas se pueden considerar de orden público, pues estos temas serán tratados por la justicia ordinaria únicamente.

6.2 Sobre el ordenamiento estadounidense

Como señala Caivano, se ha visto un adelanto en el concepto que manejan de arbitrabilidad[67]. En cuanto a su legislación interna, la más importante es la Ley Federal de Arbitraje (en adelante, FAA), la cual establece el régimen correspondiente para el arbitraje nacional e internacional. La FAA se encuentra compuesta por tres capítulos, los cuales fueron promulgados en diferentes fechas y tratan materias distintas. El primer capítulo de esta fue promulgado, en el año de 1925, y prevé tanto la validez como la aplicabilidad de los acuerdos de arbitraje internacional; el segundo, en el año de 1970, y versa sobre la aplicación de la Convención de Nueva York; y, el tercer capítulo en 1990 y trata sobre la Convención Interamericana.

Los dos últimos capítulos fueron enmiendas que se realizaron a la FAA original, con el objetivo de tener un sistema más eficaz y estable, para que Estados Unidos se vea como un ambiente apto para el comercio y la inversión[68]. En cuanto a las leyes estatales, cada estado posee una ley arbitral propia, aunque algunas puedan ser similares.

En cuanto a la jurisprudencia se tienen casos como el de *Scherk c. Alverto- Culver Co.*, el cual trataba sobre derechos relativos a marcas sobre determinados productos que se veían cuestionados, violando así la ley sobre transacciones de crédito. La Corte Suprema consideró que una "cláusula arbitral incluida en un contrato internacional debe ser respetada en los términos de la FAA, si no existe alguna de las razones de las que pueda derivar la nulidad de cualquier otro contrato"[69]. La Corte rememoró que las cláusulas de selección del foro son condición necesaria para los contratos de carácter internacional, para poder evitar la "incertidumbre nacida de las múltiples

---

67. R. J. Caivano, N. 49.
68. Ibídem.
69. Ibídem.

normas de conflicto que puedan ser aplicables y el peligro de que la controversia sea dirimida en un foro hostil a una de las partes o poco familiarizado con el tema a resolver"[70]. Así la Corte decidió que permitiría a una de las partes desconocer la promesa de resolver los conflictos por la vía arbitral. De lo visto se puede concluir que el rango de arbitrabilidad de los tribunales norteamericanos es bastante amplia y no se ve como obstáculo a las normas de orden público, considerando el motivo primigenio de la FAA, que se ha caracterizado por ser pro- arbitraje. El criterio con el que se maneja la arbitrabilidad es basado en los derechos patrimoniales, aquellos que se enfocan, sobre todo en el comercio y las inversiones, más los ámbitos como los que tratan puntos esenciales como la muerte, se mantienen en el ámbito de las materias que le competen únicamente a la justicia ordinaria.

De lo visto se puede concluir que el rango de arbitrabilidad de los tribunales norteamericanos es bastante amplia y no se ve como obstáculo a las normas de orden público, considerando el motivo primigenio de la FAA, que se ha caracterizado por ser proarbitraje.

6.3 El criterio de arbitrabilidad en Europa

En el caso de Europa se puede ver que existe una mayor cohesión en cuanto al rango de lo que es arbitrable, sobre todo en lo que "concierne a contratos comerciales internacionales"[71], siendo pocas las áreas que no se pueden resolver por la vía arbitral. Por consiguiente, el sistema europeo propende la resolución de controversias por medio del arbitraje, siendo utilizado un criterio en extremo amplio para incentivar el avance y la evolución del proceso arbitral como MASC efectivo.

70. Ibídem.
71. Ibídem.

6.4 Criterio de arbitrabilidad en Perú

En el caso de Perú encontramos en su legislación la existencia de una ley especializada, la cual es el Decreto Legislativo No. 1071, a su vez el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud; Estatuto y reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de justicia, así como la Tabla de Aranceles, la Ley No. 29280, en su cuadragésima novena Disposición Final.

Dentro del Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el artículo 2[72] se ven las materias que son susceptibles de arbitraje, y se puede notar que arbitrabilidad es mucho más extensa que en otras legislaciones, pues el artículo no da una lista taxativa, sino que es más bien abierta e incluso reenvía a otras normas como es el caso de los acuerdos internacionales. Sumado a lo ya dicho se ve que desde el principio se tiene como base la inevitabilidad del arbitraje.

Legislativamente se ha optado por una forma monista en la que se trata de manera única al arbitraje, indistintamente si es nacional o internacional, lo que refleja que se encontraría una mayor eficiencia para los usuarios del arbitraje y una mayor seguridad jurídica, pues existe un conocimiento claro de cómo se ha de proceder. En cuanto a la colaboración y control judicial, se puede ver que se da preferencia a la asistencia del juez subespecializado en lo comercial, por sobre el civil, siendo este último la alternativa, como se puede ver en el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 1071.

---

72. Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.
    1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
    2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Como se puede ver el arbitraje en Perú tiene una base muy fuerte que busca su cumplimiento una vez que se la haya elegido, por lo que utiliza todos los mecanismos necesarios para que este se realice. Busca ensanchar las materias que pueden arbitrarse al no tener una lista taxativa, sino abierta, aunque sigue manteniendo las materias que son estructurales para el orden social dentro de la competencia de la justicia ordinaria.

En conclusión, los criterios de arbitrabilidad pueden variar de país a país, pero de manera general se puede ver que todos mantienen una misma línea general, y es que buscan abrirse al arbitraje, pero sin dejar de lado el orden y la seguridad necesarios en la estructura social de un país y de una comunidad; es por todo esto que el legislador de cada país decide resguardar las materias más delicadas para que se resuelva en sus propias manos.

7. La transigibilidad y su problemática

En el Ecuador, el criterio acogido por la normativa respecto de la arbitrabilidad de la materia en el proceso arbitral corresponde al de la transigibilidad [**supra § 5.**]. Para Marchán[73] esta disposición no generaría mayor novedad con la emisión de la CRE en el año 2008, pues es el mismo criterio que acoge la LAM[74]. No obstante, es momento de mencionar toda la problemática que este criterio ha demostrado durante los veinte y dos años de vigencia de la LAM y su ratificación en la CRE.

En primer lugar, la regla no aclara cuáles serían las materias susceptibles de transacción, a criterio propio, esto enreda más el sistema. Es por ello, que para doctrinarios como Parraquez & Darquea, se debe interpretar y entender la transigibilidad por prohibición o descarte, es decir que: "será transigible todo

73. J. M. Marchán, "El tratamiento de arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana", *Iuris Dictio*, Vol. 14, p. 204.
74. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15, Art. 1.

aquello que no haya sido declarado expresamente como no transigible por ley"[75]. Ahora bien, que sucede cuando existe duda o el legislador no ha regulado determinados temas. Esto, a todas luces, complica el sistema, ya que limita el uso del arbitraje como un MASC efectivo.

Esto se puede evidenciar en las diferentes ramas del derecho en que han existido controversia respecto de su arbitrabilidad o no. De manera ejemplificativa, se puede enunciar la materia laboral[76], ciertas situaciones derivadas de materia administrativa[77], otras relacionadas con el derecho de competencia[78] o aquellos que sostienen que la materia tributaria podría ser susceptible de arbitraje[79].

En segundo lugar, y como consecuencia del anterior, el criterio queda en desuso cuando la ley no regula todos los supuestos en los que se puede considerar como transigible determinada materia. Esto genera como consecuencia que, además del criterio de transigibilidad, se utilice y sea necesario otro razonamiento. Según Caivano, respecto a temas de arbitrabilidad objetiva, se suele utilizar el argumento de 'normas de orden público' para determinar que existen temas que no son susceptibles de arbitraje[80]. Es decir, el sistema de análisis se complica y se fragmenta, toda vez que los errores son más proclives de aparecer y contagiar el correcto desarrollo del proceso arbitral. Ya que esto generaría que el tribunal arbitral se encuentre obligado a inhibirse de conocer la controversia por falta de competencia.

---

75. L. Parraguez & J. C. Darquea, "La arbitrabilidad del daño moral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 97.
76. M. E. Jara, "Reflexiones sobre el arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos individuales de trabajo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, p. 40.
77. J. P. Aguilar, "Derecho Administrativo y Transigibilidad". Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014, p. 250.
78. F. Pozo, "La Relación entre el Derecho de la Competencia y el Arbitraje en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 7, 2015, p. 303.
79. M. Flor, "El Arbitraje Tributario Interno", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010, p. 122.
80. R. J. Caivano, N. 49, p. 8.

En tercer lugar, la transigibilidad como regla necesaria para determinar la materia que puede ser arbitrada es totalmente incorrecta. El proceso arbitral busca verificar la existencia o no de un determinado derecho. El arbitraje es un MASC heterocompositivo que se resuelve sobre la base del criterio de un tercero imparcial. En el caso concreto, el tribunal arbitral deberá decidir la solución de la controversia con base en los hechos del caso y la subsunción de estos en la norma, si se trata de arbitraje en derecho; o deberá resolver sobre la base de su leal saber y entender cuando se trate de arbitrajes en equidad.

Es claro que, en ningún caso el proceso arbitral involucra una disposición, negociación o renuncia de derechos, al ser un proceso de conocimiento lo que se busca es esclarecer el conflicto y darle una solución. Por lo tanto, se demuestra que el criterio de transigibilidad es utilizado de manera incorrecta, toda vez que la materia discutida no debería ser susceptible de negociación.

A lo largo del estudio propuesto de arbitrabilidad objetiva, se puede llegar a la conclusión que los criterios que se utilizan, tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho comparado son comunes y en ciertos aspectos similares. Además, se verifica que, respecto a la arbitrabilidad de la materia, la política legislativa y el orden público juegan un papel sumamente importante. En palabras de Centeno, Morales y Sánchez, "sin duda alguna se pueden cometer errores al momento de determinar la competencia en razón de la materia con el ejercicio de esta valoración"[81]. Por lo tanto, se reafirma la intención de cambiar el razonamiento de arbitrabilidad en Ecuador. Por lo tanto, el criterio arbitrabilidad debe ser delimitado por el legislador, sin embargo, debe realizarlo de manera consciente y adecuada al desarrollo del arbitraje actualmente.

---

81. V. Centeno, A. Morales & R. I. Sánchez, "Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

Bajo ningún concepto, se pretende instaurar un mecanismo absoluto y totalmente símil a la justicia ordinaria, ya que se parte de la idea que el arbitraje es una excepción, por lo tanto, debe existir materias de carácter no arbitrables. Pero es preciso aclarar que no puede existir dudas respecto a la arbitrabilidad de estas. Por esta razón, se propone eliminar de manera absoluta el criterio de transigibilidad, así como olvidar definitivamente el de renunciabilidad. Estos serán reemplazados por la voluntad y criterio tota de la política legislativa, es decir solo debe existir prohibición de arbitrabilidad en la ley. De esta manera se solucionarían todos los conflictos, y largos análisis, de la materia.

8. A manera de conclusión

En el arbitraje se debe tener en cuenta una división de momentos jurídicos más que momentos temporales en sí mismos. Este *íter* está compuesto por la: **(i)** Existencia; **(ii)** Validez; y, **(iii)** Suficiencia del convenio arbitral. Siguiendo esta línea, es importante destacar las leyes que rigen al arbitraje son: ley procesal o *lex arbitrii,* ley sustancial y ley proccidental. Este criterio es preciso aclarar, toda vez que se debe acoger los mandatos de la ley sustantiva para el análisis del *íter* de la cláusula arbitral.

En primer lugar, para considerar que el convenio arbitral existe se deben completar los requisitos; **(i)** voluntad; **(ii)** el objeto; y, **(iii)** las solemnidades que la ley exija. Dentro de este análisis se puede considerar a la escrituración de la convenio arbitral como un requisito de prueba, más que un elemento *ad solemnitaten*. Continuando con este análisis, para que sea válido el convenio arbitral debe tener los siguientes requisitos: **(i)** capacidad de las partes; **(ii)** voluntad libre de vicios; **(iii)** objeto lícito; y **(iv)** causa lícita. Por último, la suficiencia o eficacia del convenio se analiza para que surta los efectos deseados por las

partes, debido a que este se traduce como la competencia del tribunal arbitral para poder pronunciarse o inhibirse acerca de un determinado conflicto. Esto con base en el principio de *kompetenz-kompetenz* es la potestad del tribunal para conocer su propia competencia y autoridad.

Teniendo en cuenta la competencia del tribunal arbitral, se puede determinar que existen 3 fases de análisis, la competencia **(i)** *ratione voluntatis*; **(ii)** *ratione personae*; y, **(iii)** *ratione materiae*. Profundizando en el objetivo trabajo, llegamos al desarrollo y definición de la arbitrabilidad; esta tiene que ver con la aptitud del tribunal arbitral para conocer y pronunciarse respecto de un determinado conflicto. La arbitrabilidad se divide en subjetiva y objetiva; la primera trata sobre los sujetos, los cuales pueden o no llevar sus controversias a arbitraje; mientras que, la segunda se refiere a la materia puede o no ser objeto de arbitraje.

El objetivo de este trabajo es demostrar que existen tendencias en la actualidad sobre algunas materias que pueden llegar a ser objeto de arbitraje, como a su vez se pueden encontrar bifurcaciones en las propias tendencias que toma cada derecho doméstico respecto a un tema específico. Los criterios de arbitrabilidad pueden variar de país a país, así como en la tendencia internacional, pero de manera general se puede ver que todos mantienen una misma línea general, y es que buscan abrirse al arbitraje, pero sin dejar de lado el orden y la seguridad necesarios en la estructura social de un país y de una comunidad. Por esta razón, el legislador de cada país decide resguardar las materias más delicadas para que se resuelva en sus propias manos.

Tras la expedición de la LAM han existido varios temas de análisis y desarrollo que han surgido con la evolución práctica del sistema arbitral. Sin embargo, queda claro que varios aspectos aún deben ser analizados y reformados para

evitar futuros inconvenientes como los que han aparecido en los últimos años.

El primer criterio por destacar es que transigibilidad no es lo mismo que renunciabilidad. Estas pueden presentar conflictos y confusiones debido a la evolución histórica de la arbitrabilidad objetiva en el Ecuador. Actualmente, el criterio a seguir respecto de la competencia *ratione materiae* es la transigibilidad de la materia. Sin embargo, de ello, esta postura instaurada en la CRE y la LAM genera problemas.

La problemática que se encuentra es la siguiente: **(i)** la regla no aclara cuáles serían las materias susceptibles de transacción; **(ii)** el criterio queda en desuso cuando la ley no regula todos los supuestos en los que se puede considerar como transigible determinada materia, generando la necesidad de otro razonamiento; y, **(iii)** la transigibilidad como regla necesaria para determinar la materia que puede ser arbitrada es totalmente incorrecta. Es absurdo sostener que para arbitrar sea necesario poder disponer de derechos, ya que el proceso arbitral busca verificar la existencia o no de un determinado derecho, bajo ningún concepto involucra la negociación o la mediación del conflicto. Se puede afirmar que un proceso arbitral es lo más parecido a juicio en justicia ordinaria, por lo que esto involucraría que para litigar en la función judicial también sería necesario ser capaz de transigir los derechos que se cuestionan.

Una vez demostrada la problemática que engloba la transigibilidad como arbitrabilidad objetiva, es necesario mostrar una solución al respecto. Los criterios que se utilizan, tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho comparado son comunes y en ciertos aspectos similares. El criterio de arbitrabilidad debe ser delimitado por el legislador, sin embargo, debe realizarlo de manera consciente y adecuada al desarrollo del arbitraje actual. Por lo que, lo más correcto es que exista una limitación expresa de todas las situaciones

inarbitrables, para asegurar la aplicación del principio de la seguridad jurídica, y así, evitar interpretaciones extendidas o bloqueos a la evolución del arbitraje.

Finalmente, se propone eliminar de manera absoluta el criterio de transigibilidad, así como olvidar definitivamente el de renunciabilidad. Estos serán reemplazados por la voluntad y criterio total de la política legislativa, es decir, sólo debe existir prohibición de arbitrabilidad en la ley. De esta manera, en un futuro, el arbitraje nacerá verdaderamente completo y listo para el beneficio de todos quienes acuden a él, como fue el caso de Atenea; y, en un momento dado llegar a ser el favorito de Zeus, la justicia ordinaria.

Una propuesta para una diferencia irreconciliable: la ejecución de laudos anulados y el principio de cortesía internacional

*Alegría Jijón Andrade**
*Adriana Orellana Ubidia***

Recibido/Received: 16/08/2019
Aceptado/Accepted: 04/09/2019

Resumen: Ha existido un largo y sofistificado debate entre la comunidad internacional sobre la posibilidad de ejecutar

* Asociada en Pérez Bustamante & Ponce. Abogada en España por la Universidad de Navarra, Abogada en Ecuador por la Universidad de los Hemisferios, Abogada en Nueva York y miembro de New York Bar Association. LL.M en Global Business Law en la Universidad de Nueva York, LL.M en Derecho Internacional Comparado en la Universidad Nacional de Singapur. Academic Visiting Reseacher en la Universidad de Harvard. Correo electrónico: ajijon@pbplaw.com

** Asociada en Pérez Bustamante & Ponce. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Candidata a LL.M. por la Universidad de Harvard. Correo electrónico: aorellana@pbplaw.com

A. Jijón Andrade & A. Orellana Ubidia, "Una propuesta para una diferencia irreconciliable: la ejecución de laudos anulados y el principio de cortesía internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019, pp. 187-210.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649 / rea1007



laudos arbitrales que han sido anulados desde el arbitraje. Diferentes países, incluso diferentes cortes del mismo país, han tomado decisiones distintas y contradictorias sobre este aspecto. El objetivo de este artículo no es resumir los distintos enfoques o decisiones judiciales relacionadas con este tema, pues consideramos que esta tarea ya se ha hecho en miles de artículos académicos, sino que proponemos un enfoque alternativo a la pregunta de si es que es posible y, de ser así, cómo podrían ejecutarse laudos arbitrales en un tercer Estado.

Palabras clave: arbitraje, laudo anulado, anulación, ejecución, jurisdicción primaria, jurisdicción secundaria, Convención de Nueva York, estándares de anulación.

A proposal for an irreconcilable difference: the execution of annulled awards and the international courtesy principle

Abstract: There has been a long and sophisticated debate amongst the international community regarding the possibility of enforcing arbitral awards that have been vacated in the seat of the arbitration. Different countries, even different courts within the same country, have taken different and even contradictory decisions regarding this issue. The aim of this paper is not to summarize each of the different approaches or court decisions dealing with the subject, we believe this task has already been performed in a myriad of academic articles, but rather propose an alternative approach to the question of if and how could vacated arbitral awards could be enforced in a third state.

Keywords: arbitration, annulled award, annulment, enforcement, primary jurisdiction, secondary jurisdiction, New York Convention, annulment standards.

1. Introducción y planteamiento del problema

Este artículo no busca ser uno más sobre la ejecución de laudos anulados en la sede. Al contrario, este artículo busca proponer una solución que pueda armonizar los distintos principios que se contraponen al momento de la ejecución de un laudo anulado. Para ello, se pasará a analizar brevemente conceptos y principios fundamentales que se ven en conflicto al analizar esta problemática para luego buscar una respuesta que permita la ejecución de laudos anulados, sin transgredir principios de cortesía internacional o de la seguridad jurídica.

El laudo arbitral es una decisión de carácter inapelable e inimpugnable. Sin embargo, puede ser declarado nulo si no cumple determinados requisitos previstos en la ley de la sede del arbitraje[1]. La declaración de nulidad, como en todo proceso judicial, causa que el acto procesal deje de producir efectos y retrotrae el procedimiento hasta el momento en que ocurrió el vicio de nulidad[2]. Es decir, aquel laudo "muere" luego de que las cortes del país de la sede del arbitraje confirman el vicio que padece.

Sin embargo, ¿qué sucede con el laudo que aparentemente ha muerto? ¿Cuáles son las consecuencias de esta declaración de nulidad?

Precisamente, la consecuencia más trascendental es que aquel laudo ya no podría ser ejecutado. El artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York, establece que entre los motivos que tiene una corte de ejecución para denegar la misma es que el laudo esté anulado. En efecto, este artículo dispone:

> 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada,

1. P. Lalive, "Absolute Finality of Arbitral Awards?", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliaçao*, Ed. Almedina, p. 5.
2. F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* 4ta Ed., 1994, p. 559.

> si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución […]:
>
> e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Ahora bien, la pregunta sobre si es posible el ejecutar laudos que han sido anulados en la sede del arbitraje es un problema de larga data, que sin embargo continúa presentándose de manera reiterativa en la actualidad. Sin embargo, el propósito de este artículo no es explicar la problemática a fondo, ya que esto ha sido explorado por incontables autores. El propósito de esta exposición es plantear una solución al problema de la ejecución de los laudos anulados y proponerla como alternativa para enfrentar el dilema.

Esta investigación comienza con un breve análisis sobre los distintos enfoques que la doctrina y la jurisprudencia le ha dado al dilema de la ejecución de laudos anulados **[2]**. Una vez expuestas estas teorías, se pasará a explicar las razones por las que se considera que un laudo anulado puede ser ejecutado, así como las consecuencias adversas que conllevaría la aplicación de esta teoría, con el propósito de extraer los principios fundamentales que se verían encontrados en este dilema **[3]**. Finalmente, se presentará la propuesta respecto de la carga de la prueba en los procesos de ejecución de los laudos anulados, con la cual se buscará conciliar los principios de soberanía y cortesía internacional, junto con la tendencia pro arbitraje **[4]**.

2. Los diferentes enfoques para tratar el dilema de la ejecución de laudos anulados

La problemática en torno a la ejecución de laudos anulados ha acumulado una gran cantidad de doctrina que trata el tema

en cuestión. Por ello, en esta sección se tratará de sintetizar aquellos enfoques con los cuales se concluye a favor o en contra de la ejecución del laudo anulado en la sede. Este breve resumen servirá luego para demostrar las raíces que sostienen las posturas tomadas en las siguientes secciones.

2.1. El enfoque tradicional

El enfoque tradicional consiste en considerar que un laudo pierde su fuerza vinculante cuando este es anulado y, por lo tanto, no se puede ejecutar en ninguna otra jurisdicción. Esta conclusión se deriva del efecto lógico de "inexistencia" que genera la declaratoria de nulidad del laudo, de manera que su fuerza vinculante desaparece. Así las cosas, es una consecuencia lógica que aquel laudo no pueda ser ejecutado en vista de que nada proviene de la nada o *ex nihilo nil fit*. En palabras de Albert Jan Van Den Berg, "una vez que el laudo ha sido anulado en el país donde se realizó, la adjudicación, ya no es elegible para el reconocimiento y la ejecución en los Estados contratantes"[3].

Otro argumento que sostiene la no ejecución de laudos anulados es que, siendo un laudo el producto de un sistema jurídico que está comprendido tanto por el derecho local como por las decisiones de los tribunales domésticos, las cortes de la sede del arbitraje son los órganos mejor dotados para decidir sobre la regularidad del arbitraje conllevado de conformidad con sus reglas[4]. En consecuencia, los tribunales de otros países deberían dar deferencia a la anulación por los tribunales del lugar del arbitraje y abstenerse de reconocer/ejecutar los mismos[5]. En este sentido, Pieter Sanders, uno de

3. A. J. Van Den Berg, "Enforcement of Awards Annulled in Russia", *Journal of International Arbitration*, 2010, pp. 179-198.
4. F. González De Cossío, *Ejecución en México de laudos anulados en el extranjero*, pp. 3-4, <https://bit.ly/2lFYUOE> (20/09/2019).
5. Ibídem.

los participantes en la elaboración de la Convención de Nueva York, sostiene que las cortes de los países ejecutantes deben negarse ante la solicitud de ejecución de un laudo anulado dada su inexistencia[6].

Este criterio ha sido también recogido por la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, dentro del caso *Termorio S.A. c. Electranta S.P.*, en el cual expresó:

> Aceptar lo que los apelantes pretenden [refiriéndose al reconocimiento de un laudo anulado], sería menoscabar un precepto fundamental de la Convención de Nueva York: un laudo arbitral que no existe no puede ser ejecutado en otro de los países contratantes si es que este ha sido legalmente anulado por la autoridad competente en el Estado en el que fue dictado[7].

Adicionalmente, en defensa del enfoque tradicional, se ha argumentado que las sentencias de anulación emitidas por los Tribunales de la sede del arbitraje producen efectos extraterritoriales que deben ser respetados en virtud de lo prescrito por la Convención de Nueva York y por el principio de reciprocidad internacional.

Primero, de acuerdo con la Convención de Nueva York, las cortes de la sede del arbitraje tienen competencia *exclusiva* para resolver sobre la validez de un laudo dictado en su territorio[8]. Este tema fue analizado en el caso *Termorio S.A. c. Electranta S.P.*, en el cual se definen los conceptos de jurisdicción primaria y jurisdicción secundaria:

> La Convención de Nueva York proporciona un marco cuidadosamente estructurado para la revisión y el

6. P. Sanders, "New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Netherlands International Law Review,* 1959, p. 110.
7. Corte de Apelación del Distrito de Columbia, *Termorio S.A. c. Electranta S.P.*, Caso No. 06-7058, 25/05/2007.
8. Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, *Yusuf Ahmed Alghanin & Sons WLL c. Toys "R" Us Inc.*, Caso Nº 1757, 10/09/1997; G. Born, *International Arbitration: Cases and Materials,* Aspen Publishers Inc., 2011, p. 1119.

> cumplimiento de los laudos arbitrales internacionales. Solo un tribunal en un país con jurisdicción primaria sobre un laudo arbitral puede anular ese laudo. Los tribunales en otros países tienen jurisdicción secundaria; un tribunal en un país con jurisdicción secundaria se limita a decidir si el laudo puede ejecutarse en ese país. La Convención "ordena regímenes muy diferentes para la revisión de laudos arbitrales (1) en los [países] en los que, o según cuya ley, se ha otorgado el laudo, y (2) en otros [países] donde el reconocimiento y la ejecución son buscadas. Según la Convención, el país en el cual, o bajo la ley [de arbitraje] de la cual, [se] otorgó un laudo "se dice que tiene jurisdicción primaria sobre el laudo arbitral. Todos los demás estados signatarios son jurisdicciones secundarias, en las que las partes solo pueden impugnar si ese estado debe hacer cumplir el laudo arbitral[9].

Consecuentemente, solo las cortes del país de la sede del arbitraje serán las competentes para emitir una sentencia de nulidad del laudo. Estas decisiones producen efectos extraterritoriales con la finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios entre los distintos países signatarios[10]. Justamente, los *Travaux Préparatoires* de esta convención establecen que la finalidad de la extraterritorialidad de las sentencias es prevenir que los contratantes tengan que discutir su validez en cada país donde pretendan ejecutarlo[11].

Segundo, por el principio de reciprocidad *(Comity)*, los jueces de los Tribunales de ejecución deben reconocer los efectos *erga omnes* de las sentencias de anulación. De acuerdo con este principio del derecho internacional, un Estado soberano debe extender el reconocimiento de los actos judiciales de otro

---

9. *Termorio S.A. c. Electranta S.P.*, N. 7.
10. Corte Distrital de Amsterdam, *Nikolai Viktorovich c. OJSC Metallurgicheskiy Kombinat,* Caso Nº 491569/KG, 11/11/2011; W. Park, "Duty and Discretion in International Arbitration", *The American Journal of International Law*, 1999, p. 811; A. J. Van Den Berg, N. 3, p. 191.
11. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comité sobre la Ejecución de Laudos Internacionales, *Summary Record of the Fourth Meeting E/AC.42/SR.4*, 1955, p. 11; W. Park, "Respecting the New York Convention", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2007, p. 72.

Estado en su territorio[12]. Por ejemplo, la Corte de Apelación para el Segundo Circuito de Estados Unidos, en el caso *Baker Marine c. Chevron*, señaló que "en virtud de la Convención [de Nueva York] y del principio de cortesía internacional, no sería adecuado reconocer un laudo arbitral extranjero cuando este ha sido anulado por los tribunales competentes"[13].

Por los motivos expuestos, la lógica de este enfoque radica en que un tribunal extranjero no puede "resucitar" un laudo que ha perdido su validez y, por tanto, no podría tampoco ejecutarlo. Sin embargo, como se analizará a continuación, recientes teorías posibilitan aquello que el enfoque tradicional impide: la ejecución de un laudo anulado en la sede.

2.2. El enfoque francés

Los tribunales franceses, por su parte, han adoptado sistemáticamente la opinión contraria. Han entendido que, si un laudo es internacional, su existencia no debería verse afectada ni integrada con el marco legal local. Por lo tanto, han establecido que "un laudo de arbitraje anulado por la sede arbitral puede, no obstante, ser ejecutado en Francia si cumple con las normas francesas para ejecutar los laudos"[14].

Esto fue planteado inicialmente a principios de los años 80 en el caso *Société Pabalk Ticaret c. Société Norsolor.* El laudo, emitido en Austria, fue parcialmente anulado por la Corte de Apelación de Viena por cuanto consideraron que los árbitros fallaron en equidad, a pesar de no haber estado facultados para ello, al haber aplicado la *lex mercatoria*[15]. La Corte de

12. M. Monroy Cabra, *Derecho Procesal Civil Internacional, Librería del Profesional,* 2000, p. 260.
13. Corte de Apelación de Estados Unidos, Segundo Circuito, *Baker Marine Ltd. c. Chevron Ltd.*, Caso No. 97-9615, 12/08/1999.
14. C. Drahozal, "Enforcing vacated international arbitral awards: an economic approach"*, American Review of International Arbitration,* Vol. 11, No. 4, 2000, p. 462.
15. Corte de Casación de París, *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Société Norsolor,* 09/10/1984.

Casación francesa reconoció la validez del laudo proferido en Austria y anulado a su vez por las cortes austriacas, y sostuvo que, con base en el artículo VII de la Convención de Nueva York, un juez no puede apoyarse en esa Convención para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo cuando su derecho nacional permita considerar ese laudo como válido y susceptible de ejecución[16].

En este mismo sentido, el Tribunal de Apelación de París, en el caso *República Árabe de Egipto c. Chromalloy Aeroservices, Inc*, señaló:

> El laudo otorgado en Egipto es un laudo internacional que, por definición, no está integrado en el ordenamiento jurídico de ese Estado, por lo que su existencia permanece establecida a pesar de haber sido anulado y su reconocimiento en Francia no es una violación de la política pública internacional[17].

De esta manera, los tribunales franceses han rectificado esta posición en una serie de casos a lo largo de los años[18]. En todos ellos, los tribunales franceses ejecutaron los laudos que habían sido anulados en sus jurisdicciones de origen. La base legal para sostener esta postura se encuentra la ley nacional francesa sobre arbitraje internacional. Así, las cortes francesas afirman que aquella ley no podría considerarse como violatoria de la Convención de Nueva York ya que más bien facilita la ejecución de las sentencias extranjeras; por lo tanto, va más allá de la Convención y no en su contra.

16. F. Mantilla Serrano, "Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York", *Revista Colombiana de Derecho Internacional,* 2009, p, 22.
17. Corte de Apelación del Distrito de Columbia, *República Árabe de Egipto c. Chromalloy Aeroservices Inc.,* Caso No. 94-2339, 31/07/1996.
18. Corte de Casación, Primera Sala de lo Civil, *Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c. Norsolor S.A.*, Caso No. 83-11.355, 09/10/1984; Corte de Casación, Hilmarton Ltd. c. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV), Caso No. 92-15.137, 23/03/1994; Corte de Apelaciones de París, *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubai c. Internacional Bechtel CA París,* 29/09/2005.

2.3. El enfoque de los Estándares Locales de Anulación

El enfoque de los estándares locales de anulación (en adelante, LSA, por sus siglas en inglés), fue expuesto por primera vez por Jan Paulsson. Su tesis es que los laudos que han sido anulados bajo lo que él llama *Local Standard Annulment* no deberían dejar de ser válidos en países extranjeros, sino únicamente en el país donde aquellos estándares locales fueron aplicados. Sin embargo, aquellos laudos que han sido anulados sobre la base de la "anulación de estándar internacional" deben considerarse como una anulación que cae en el artículo V (1) (e) de la Convención.

La lógica de este enfoque es impecable, ¿por qué debería un LSA determinar los efectos de validez internacional de un laudo? Sin lugar a dudas, resulta irrazonable que una corte extranjera deba aplicar una sentencia de anulación en la cual se aplica un LSA como base para dejar sin efecto un laudo internacional. Por ejemplo, dentro del caso *Termorio S.A. c. Electranta S.P.* el motivo de anulación utilizado por el Consejo de Estado Colombiano fue que bajo ley colombiana no cabía el arbitraje administrado cuando **(i)** al momento en que las partes aceptaron los términos de referencia ya había cambiado la ley colombiana aceptando el arbitraje administrado, y **(ii)** ninguna de las partes había propuesto esta causal de nulidad[19].

---

19. C. Koch, "The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin The French and U.S. Experience", Journal of International Arbitration, No. 26, 2009, pp. 267–292.
"Termorio seems to be typically one of those cases where a large arbitral award against the government, or one of its instrumentalities, issued in arbitral proceedings conducted in that state, is set aside by the courts of the seat on grounds which appear contrived. The Consejo de Estado (Council of State), the highest Colombian administrative court, vacated the award because, at the time that the ICC arbitration clause was entered into, Colombian law did not allow for the use of institutional arbitration. However, the parties signed the Terms of Reference without reservations at a time when Colombian law had been changed to allow for institutional arbitration. Under most circumstances, signing the Terms of Reference without reservations as to the validity of the arbitration agreement would remedy any initial defect in the agreement to arbitrate. Moreover, neither of the parties had raised this argument before the Colombian courts. It would thus seem that the Council of State was looking very hard for a reason to set aside the award. It therefore looks like the award was not judged on its merits but rather with a view to protect the interests of the state".

Ahora bien, es claro que el rechazo de una sentencia de anulación extranjera, sea por los motivos que sea, puede causar un conflicto con el principio de cortesía entre países. Por ello, si bien este enfoque busca una solución en el tema de los estándares que deben ser tomados en cuenta para la anulación, esta propuesta no soluciona los potenciales problemas que se generan por la falta de atención al principio de cortesía internacional.

3. Los laudos anulados en la sede sí pueden ser ejecutados: lo bueno y lo malo

Una vez analizados brevemente los distintos enfoques, es posible concluir que los mismos no traen soluciones en cuanto al conflicto entre la cortesía internacional y la soberanía de las sentencias de nulidad de laudos. Por ello, antes de exponer la propuesta materia de esta investigación, se analizarán los beneficios y los problemas que la ejecución de laudos anulados puede acarrear en el escenario internacional, como lo es la vulneración del respeto a la soberanía del país sede del arbitraje, como la falta de aplicación del principio de cortesía internacional y la latente inseguridad jurídica que sentencias contradictorias podrían generar.

3.1. La interpretación potestativa del artículo V es acorde al objeto y fin de la Convención de Nueva York

El propósito de la Convención de Nueva York es hacer cumplir los laudos arbitrales internacionales, así como acrecentar la eficacia del arbitraje como medio de resolver las controversias de derecho privado[20]. Este propósito aparece también de la interpretación de los artículos de la Convención.

De acuerdo a su art. XVI, la Convención de Nueva York tiene cinco idiomas oficiales. Por esta razón, la aplicación

20. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), Art. II, p. 5.

del art. V no es uniforme en todos los países signatarios. Por ejemplo, el texto de este artículo en francés es considerado imperativo *–ne seront réfusés-* mientras que el texto en inglés es potestativo *–may refuse-*[21]. En su versión en español se ha discutido cómo debe ser interpretada la palabra "podrá"; sin embargo, no se ha llegado a un consenso al respecto[22].

Ante las diversas interpretaciones de textos igualmente auténticos de una convención, es preciso adoptar, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 33.4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el sentido que mejor concilie esos textos, conforme al objeto y fin del tratado.

Por lo tanto, si el objetivo de la Convención de Nueva York es precisamente hacer cumplir los laudos arbitrales con la finalidad de convertir al Arbitraje en un medio más eficaz en el ámbito internacional, entonces el sentido que mejor conciliaría los textos idénticos, pero en diferentes idiomas, sería aquel dirigido a establecer una facultad potestativa a los jueces de las cortes de ejecución en cuanto a la ejecución o no de los laudos anulados por las causales referidas en el artículo V de la Convención de Nueva York. En consecuencia, la ejecución de laudos anulados en la sede es una forma de hacer prevalecer el objeto y fin de la Convención de Nueva York.

3.2. La corte de ejecución goza de una potestad discrecional para ejecutar el laudo anulado

Las cortes de ejecución de laudos internacionales poseen una potestad discrecional para ejecutar un laudo, a pesar que se configure una de las causales del art. V de la Convención

21. G. Born, *International Commercial Arbitration.* 2da Ed., Wolters Kluwer Law & Business, p. 1121; J. Paulsson, "May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics", *Arbitration International,* Vol. 14, p. 227; W. M. Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Duke University Press, p. 115.
22. G. Born, N. 21; J. Paulsson, N. 21, p. 229.

de Nueva York. Las circunstancias enlistadas en el art. V de la Convención de Nueva York son de aplicación facultativa y excepcional para las cortes que conocen la solicitud de exequátur[23]. Como se mencionó, el objetivo principal de la Convención de Nueva York es favorecer el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y por ello presume la validez de los laudos[24]. El art. VII consagra este principio y otorga el derecho a que se reconozca un laudo conforme a la ley del lugar de ejecución cuando esta resulte más favorable[25].

La aplicación facultativa de las causales del art. V de la Convención de Nueva York se evidencia por la expresión permisiva "se podrá denegar", que se extiende a todas sus causales[26]. Esta expresión contrasta con el lenguaje imperativo empleado en otras disposiciones como "se aplicará" en el art. I, "reconocerá" en los arts. II y III o "deberá presentar" en el art. IV[27].

Por ello, las cortes pueden ejecutar el laudo a pesar de que una de las partes demuestre la existencia de una de las causales[28]. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Hong Kong en el caso *China Nanhai c. Gee Tai*. La demandada, Gee Tai, se opuso a la ejecución del laudo argumentando que el tribunal arbitral se constituyó irregularmente. Según su criterio, la causal se cumplió debido a que en su convenio arbitral las partes estipularon un arbitraje administrado por

23. Ibídem.
24. A. Mourre, "May or must? Las causales de no reconocimiento de los laudos previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, ¿Son ellas facultativas?", en G. Tawil & E. Zuleta (Eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, p. 369.
25. P. Sanders, "A Twenty Years Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *The lnternational Lawyer,* Vol. 13, No. 2, 1979, p. 269.
26. L. Silberman & M. Scherer, "Forum Shopping and Post-Award Judgments", *PKU Transnational Law Review,* Vol. 2, p. 116.
27. D. Jiménez Figueres, "Las Convenciones Anteriores a la Convención de Nueva York: Discusiones y Problemas", en G. Tawil & E. Zuleta (Eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, p. 11.
28. Alta Corte de Inglaterra y Gales, *China Agribusiness Development Corporation c. Balli Trading*, 20/01/1997.

la CIETAC Shenzhen y en realidad lo administró la CIETAC Beijing. La Corte reconoció que la causal se cumplió y que, en principio, la CIETAC Shenzhen no era competente. No obstante, resolvió que su potestad para denegar la ejecución del laudo era discrecional. Por ello, al haberse cumplido el objetivo del convenio arbitral, que era la resolución de la controversia a través de un arbitraje administrado por la CIETAC, la Corte rechazó la pretensión de Gee Tai[29].

En este mismo sentido, el caso *Chromalloy Aeroservices c. República Árabe de Egipto*, la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia concluye que las cortes tienen la facultad de decidir la ejecución o no de un laudo. La única forma en la que se puede limitar la potestad discrecional para ejecutar un laudo es a través de una norma local, la cual los jueces de las Cortes de ejecución estarían obligados a respetar[30].

A lo anterior debe sumarse que además de que las causales del art. V de la Convención de Nueva York son facultativas, son de aplicación excepcional. En efecto, en más del 90% de los casos a nivel mundial se ha concedido el reconocimiento y ejecución de los laudos a pesar de las objeciones presentadas con base en la Convención de Nueva York[31].

3.3. El laudo no depende de la ley de la sede para surtir efectos jurídicos

A raíz de la entrada en vigencia de la Convención de Nueva York, la sede del arbitraje perdió cierta influencia

---

29. Ibídem.
30. Corte de Apelaciones de París, *Ministère Tunisien de l'Equipement c. Société Bec Frères S.A,* 1994; J. Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments", *Asia Pacific Law Review,* p. 17.
31. G. Tawil & E. Zuleta (Eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, XXVIII.

sobre los laudos emitidos en ella[32]. Como consecuencia de ello, el tribunal de ejecución adquirió poderes de decisión más amplios para reconocer y ejecutar laudos anulados[33]. Esto se debe a que la tendencia internacional es favorecer la ejecución de los laudos internacionales[34].

El principio a favor de la ejecución de los laudos anulados existe para contrarrestar los intentos de ciertos países de promover una actitud hostil hacia el arbitraje[35]. Así se garantiza que laudos anulados por motivos puramente locales, como lo son políticas públicas locales o la revisión de los méritos por parte de las cortes, puedan ser ejecutados en el exterior y no se frustren los objetivos del arbitraje[36].

La fuerza vinculante de un laudo internacional no se deriva de un sistema legal específico, sino del convenio arbitral[37]. Al contrario, el carácter obligatorio del laudo proviene de la autonomía de la voluntad de las partes y de principios transnacionales, y no de la sede del arbitraje[38]. Por lo tanto, la anulación de un laudo en la sede no es motivo suficiente para desconocer el acuerdo válido de las partes para resolver sus controversias[39].

Por ejemplo, en el caso *Societé Hilmarton Ltd. c. Societé Omnium de traitement et de valorisation*, la Corte de Casación de Francia reconoció un laudo anulado en Suiza, país sede

---

32. D. Jiménez Figueres, N. 27, p. 10.
33. Ídem, p. 11.
34. J. M. Abascal, "Anulación de Laudos y sus Efectos", en, G. Tawil & E. Zuleta (Eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, p. 528.
35. G. Aceves Rivera, *La Ejecución Internacional de Laudos Anulados en su País de Origen*, Tesis ganadora del segundo lugar del premio J.C. Treviño, p. 13.
36. G. Aceves Rivera, N. 34; L. Silberman & M. Scherer, N. 26, pp. 121-127.
37. Cámara de Comercio Internacional. *Caso CCI No. 10623,* 2003; J. Paulsson, "Arbitration Unbound: Award Detached from its Country of Origin", *International and Comparative Law Quarterly*, p. 368.
38. E. Gaillard, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Limusa, p. 45; P. Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene", J*ournal of International Arbitration,* p. 25.
39. Alta Corte de Inglaterra y Gales, *Maximov c. Novolipetsky Steel Mill,* 27/07/2017.

del arbitraje. La Corte sostuvo que por tratarse de un laudo internacional no se encontraba vinculado al sistema legal de la sede. Consecuentemente, no se convirtió en inexistente por haber sido anulado al amparo de esta legislación.

Este enfoque permite que se cumpla uno de los objetivos del arbitraje internacional que es la existencia de un foro neutral distinto de una corte nacional[40]. Más aun, si un laudo dependiera enteramente de la sede, el fracaso de la petición de nulidad implicaría que las cortes del país de ejecución estén obligadas a reconocerlo y ello también es contrario a la discrecionalidad otorgada por la Convención de Nueva York[41].

Incluso, la Convención de Nueva York le otorga mayor importancia al procedimiento de ejecución que al de nulidad[42]. Esto se evidencia en el art. VI que reconoce expresamente la facultad de las cortes de continuar la ejecución del laudo aunque esté pendiente la solicitud de anulación en la sede. Por todo lo expuesto, se llega a la conclusión que el laudo no depende de la ley de la sede para surtir sus efectos, pues es el carácter obligatorio del mismo deriva del acuerdo de las partes.

3.4. El conflicto con el principio de cortesía internacional y la seguridad jurídica

Ninguno de los argumentos anteriores permite dar una solución armoniosa respecto del conflicto que la ejecución de laudos anulados generaría con el principio de cortesía y respeto de la soberanía entre los países contratantes de la Convención de Nueva York.

Precisamente, casos como en el de *Termorio S.A. c. Electranta S.P.*, se negó la ejecución en Estados Unidos de un laudo

40. L. Silberman & M. Scherer, N. 26, p. 121.
41. P. Lastenouse, N. 41, p. 35.
42. A. Mourre, N. 24, p. 372.

anulado en Colombia bajo el principio de *comity*, por lo que la corte de ejecución con respecto a si la decisión del Consejo de Estado Colombiano le merecía deferencia, concluyó que:

> Para que nosotros avalemos lo que buscan los apelantes deberíamos socavar el principal precepto de la Convención de Nueva York: un laudo arbitral no puede ser ejecutado en otro Estado Contratante si ha sido "anulado" legalmente por una autoridad competente en el Estado en el que se realizó el laudo. Este principio es dispositivo en este caso. […] El Consejo de Estado, el tribunal administrativo más alto de Colombia, es el expositor final del derecho colombiano, y no estamos en la posición de decir que la decisión de dicho tribunal es equivocada[43].

Como resultado, se negó ejecución del laudo arbitral por haber sido anulado en la sede. El principio de *comity* o respeto internacional ha sido un eje fundamental del derecho internacional privado:

> *comitas gentium ob reciprocam utilitaten* (cortesía internacional o recíproca utilidad). Esta posición es desarrollada por Huber cuya máxima es que, si los gobernadores de cada imperio admiten por cortesía las leyes de cada pueblo, en vigencia dentro de sus límites, tendrán vigencia en todas partes, siempre que no perjudiquen los poderes o derechos de otros gobiernos o de sus ciudadanos[44].

Asimismo, al *comity* se lo ha definido como:

> Cortesía internacional Doctrina y norma de conducta aplicada en el Derecho Internacional, según la cual las leyes de un Estado, no obstante su ineficacia extraterritorial, pueden recibir aplicación en un Estado distinto y en ciertos casos por atención, deferencia o benevolencia de esta hacia aquel, por razones de utilidad recíproca y por la esperanza de normas de reciprocidad[45].

---

43. *Termorio S.A. c. Electranta S.P.,* N. 7.
44. R. Contreras Horna, *Derecho Internacional Privado*, 1era Ed., Ediciones de la Universidad Los Ángeles, Chimbote, 2007, p.16.
45. M. Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales,* 1era Ed., p. 235.

Incluso, se ha llegado a sostener respecto de este principio que:

> […] es necesario superar el principio de soberanía territorial en favor de la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales y hacer valer en un Estado la solución que una autoridad judicial extranjera dio a un litigio de tráfico jurídico externo. […] El principal mecanismo que el Derecho internacional privado conoce para garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas, así como para asegurar la eficacia extraterritorial de una resolución, es el reconocimiento de la misma. El reconocimiento se configura como la aceptación por el Derecho del foro de que la resolución extranjera puso fin al objeto de la controversia. […] el reconocimiento se enmarca en el principio general de cooperación internacional […][46].

Sin embargo, existen varios y claros ejemplos de cortes alrededor del mundo que han decido ignorar decisiones judiciales de anulación de laudos de países extranjeros porque no pueden confiar en la parcialidad y legalidad de las mismas.

Por lo que no resulta en absoluto novedoso que cuando se duda de la legitimidad de una decisión judicial de un país de anulación, el resto de los países de la comunidad internacional decidan simple y llanamente ignorar la existencia de la misma y ejecutar el laudo anulado. Por ejemplo, una Corte de Florida estableció en el caso *Comisa c. Pemex:*

> I hold […] *that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice* in that it applied a law that was not in existence at the time the parties' contract was formed and left COMMISA without an apparent ability to litigate its claims. *I therefore decline to defer to the Eleventh Collegiate Court's ruling,* and I again confirm the Award and grant judgment thereon. (énfasis añadido)[47].

46. M. Rodríguez Vázquez, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, p. 174.
47. Corte Distrital de Estados Unidos, Distrito del Sur de Nueva York, *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S de RL de CV ("Commisa") c. Pemex-Exploración y Producción,* 27/08/2013.

La Corte de Apelaciones de Ámsterdam llegó a una conclusión muy similar respecto de una sentencia dictada por las cortes de Rusia:

> Considering **(i)** the [sic] 'close interwovenness' of Rosneft and the State of Russia; **(ii)** the several international indicators which referred to **a)** the lack of independence of the Russian judiciary, **b)** the fact that the judiciary receives instructions from the executive, **(c)** that the judiciary is used by the executive as a political instrument; and **(iii)** that partiality and dependency by their nature occur 'behind the scenes'; the Amsterdam Court of Appeals concluded *that it is plausible that the award-annulment decision of the Russian Civil Court came from a partial process which lacked independence. Therefore, it did not deserve to be recognized in the Netherlands*. (énfasis añadido)[48].

Otra corte en el Distrito de Columbia en el caso *Chromalloy c. República Árabe de Egipto*, enfatizó que las cortes extranjeras no están obligadas a respetar decisiones judiciales de otros estados soberanos, que el principio de reciprocidad y cooperación *(comity)* tiene límites, y específicamente si una decisión va en contra de su orden público o a la noción de justicia las demás cortes no tienen que considerar tal sentencia.

> No nation is under an unremitting obligation to enforce foreign interests which are fundamentally prejudicial to those of the domestic forum. Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909, 937 (D.C.Cir.1984). *"[C] omity never obligates a national forum to ignore `the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws."* Id. at 942 (quoting Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 164, 16 S. Ct. 139, 143-44, 40 L. Ed. 95 (1895) (énfasis parte del texto)[49].

Ninguna de estas Cortes utilizó sus normas de derecho interno para ignorar las decisiones judiciales de otro país, al contrario, aplicaron normas y principios de derecho internacional, aplicables en todos los países. De hecho, en

48. Tercera Corte de Apelaciones de Ámsterdam, *Yukos Capital SARL, c. Oao Rosneft,* 28/04/2009.
49. *República Árabe de Egipto c. Chromalloy Aeroservices Inc.*, N. 17.

el mismo caso de *Yukos c. Oao Rosneft*, la corte holandesa expresamente estableció:

> The question whether the decision of the Russian civil court to set aside the arbitral awards can be recognised in the Netherlands *must be answered on the basis of the rules of general private international law* (énfasis añadido)[50].

Entre estos principios uno de los más importantes es el de orden público, mismo que si bien no tiene definición expresa en el Ecuador sí tiene reconocimiento legal y jurisprudencial[51]. Además, es importante recalcar, que el laudo internacional será objeto de mayor deferencia internacional que la Sentencia de nulidad, en tanto la mayoría de los países de la comunidad internacional son signatarios de la Convención de Nueva York que protege la ejecución de laudos mientras que no se puede decir lo mismo de las decisiones judiciales.

Adicional a lo anterior, una importante crítica práctica a este enfoque es que crea la posibilidad de juicios incongruentes y, por lo tanto, amenaza la seguridad jurídica y la armonización[52].

4. La propuesta: la carga de la prueba en caso de ejecutar laudos anulados

Una vez analizado todo lo anterior, se intentará adaptar el razonamiento jurídico francés modificándolo para que pueda producir consecuencias más deseables. Nuestro enfoque propuesto es una mezcla del enfoque francés, el llamado enfoque de *comity* y la propuesta de LSA.

Como se mencionó, el objetivo principal de la Convención de Nueva York es favorecer el reconocimiento y ejecución de

50. *Yukos Capital SARL, c. Oao Rosneft,* N. 48.
51. Código Civil, Artículos 1477 y 1483. RO Sup No. 46 de 24/06/2005; Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 10, 29/08/2002, entre otras.
52. M. Haravon, "Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: The French Supreme Court Confirms the Hilmarton Trend", Mealeys International Arbitration, Vol. 22, No. 9, 09/2007.

laudos extranjeros y por ello presume la validez de los laudos[53]. Por esta razón, la carga de la prueba respecto de las causales del artículo V corresponde a quien busque la negativa en la ejecución de un laudo anulado. En este sentido, la carga de la prueba se encuentra invertida, pues el laudo goza de una presunción de validez.

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables[54].

Ahora bien, como se mencionó, la carga de la prueba generalmente corresponde a la parte que realiza una afirmación, pero para el caso de la ejecución de laudos internacionales, el ejecutante no necesita demostrar *prima facie* que el laudo es válido pues goza de aquella presunción. Precisamente, cuando un hecho goza de presunción legal está exento de prueba[55]. Por ello, la carga de la prueba se invierte y será la parte que pretenda denegar la ejecución quien deba demostrar que hay motivos de denegación.

La inversión de la carga de la prueba entraña un acto de responsabilidad tanto para el juzgador como para las partes, puesto que implica un juicio de valor acerca de quién está en mejores condiciones de probar, lo cual se relaciona directamente con la equidad, que es la justicia del caso concreto[56]. En el caso de la ejecución de laudos anulados, la Convención de Nueva York ha previsto que será la parte que pretende denegar la

53. A. Mourre, N. 24, p. 369.
54. D. Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* 5ta Ed., Tomo I, 1981, p. 426.
55. R. Herrera Vásquez, "La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del *'In Dubio Pro Operario'*?", *Revista Themis,* No. 18, p. 42.
56. G. Ferrer, *Teoría General de la Prueba Judicial,* 2003, p. 137.

ejecución aquella en la mejor posibilidad de demostrar que el laudo no puede ser ejecutado.

Se ha alegado repetidamente que la carga de la prueba es uno de los elementos clave en la aplicación de la Convención. Matthew Secomb hace un análisis muy interesante del artículo VI de la Convención, centrándose en quién necesita probar qué:

> Se sostiene que a la luz de la política y el propósito del artículo VI, uno debería dar el beneficio de la duda a la corte en el lugar de origen y suponer que esa anulación sería una ISA. A la luz de esto, sería natural que la carga de probar que la naturaleza de la anulación fuera una LSA correspondería a la parte que busca la ejecución del laudo[57].

En vista de lo anterior, y para lograr una armonía con el principio de cortesía internacional, resultaría más favorable para el sistema arbitral internacional que el fallo que anula el laudo en un país extranjero sirva como la mejor evidencia para el tribunal encargado de la ejecución. Así, las cortes de ejecución darían deferencia a aquellas decisiones. Hecho lo anterior, correspondería entonces al ejecutante demostrar que los motivos por los cuales se anuló el laudo no son aplicables en el país de ejecución por ser estos estándares locales de anulación (LSA), o que la anulación fue procesalmente injusta y que atenta contra los principios más fundamentales de justicia según el derecho internacional. Esto último respondería a una limitación al principio de cortesía internacional.

Claramente, esta propuesta no incluye una modificación de la Convención de Nueva York, lo cual sería una tarea hercúlea. Más bien en consonancia con el enfoque francés, consideramos que la convención solo establece la red de seguridad mínima para el reconocimiento de adjudicaciones

---

57. M. Secomb, "Suspension of the Enforcement under Article VI of the New York Convention", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration,* Vol. 5, pp. 1-8.

extranjeras y, por lo tanto, los países siempre pueden adoptar estándares más favorables. Además, como vimos en el artículo V (1) los tribunales siguen siendo discrecionales para hacer cumplir los laudos, incluso si se cumple uno de los motivos de denegación.

Esta propuesta arrojaría consecuencias similares a lo que sucede con los laudos cuya ejecución se ha denegado en un país y la parte vencedora busca su cumplimiento en otro país. Por ejemplo, en *Pavan S.R.L. c. Leng D'Or S.A.*, el tribunal reconoció que: "La Convención de Nueva York permite el reconocimiento en un estado y la negativa a reconocerlo en otro, como lo demuestran los motivos de denegación de la política pública"[58]. En este caso, el segundo tribunal no está obligado por el primer tribunal a negar la ejecución. Aún así, en la práctica, los tribunales han demostrado respeto y consideración por la decisión tomada por el primer tribunal.

Al dar a la decisión de la corte de la sede el estatus de la mejor evidencia se evitaría caer en la trampa Van Den Berg prevé:

> Además, si los tribunales determinan por sí mismos qué anulación extranjera de un laudo arbitral es aceptable y cuál no, ellos no solo actúan violando la Convención de Nueva York, sino que también podrían encontrarse en un campo minado político. Al estigmatizar el sistema judicial de otro país, la relación política entre los países podría verse presionada.

Por lo expuesto, esta propuesta busca otorgar un peso mayor a la sentencia de nulidad del laudo, con la finalidad de saldar el conflicto con el principio de cortesía internacional y soberanía. Al mismo tiempo, no se limita a la parte que solicita la ejecución quien puede probar que la naturaleza

---

58. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Rubí de España, *Pavan S.R.L. c. Leng D'Or S.A.*, 11/06/2007.

de la anulación era una LSA. Asimismo, la parte que solicita la ejecución también puede probar que la anulación fue procesalmente injusta o que colisiona con principios fundamentales de justicia, incluso si el laudo fue anulado bajo una NIA. De esta manera la propuesta defiende el principio de la cortesía de las Naciones mientras se actúa en el espíritu de la Convención de Nueva York.

¿Afectan las medidas reparatorias no pecuniarias ordenadas en un arbitraje de inversión a la soberanía de los Estados? Perspectivas desde la experiencia ecuatoriana

*Andrés Larrea Savinovich**
*Juan Martín Alarcón Peralta***

Recibido/Received: 30/06/2019
Aceptado/Accepted: 01/07/2019

Resumen: El presente artículo analiza las medidas reparatorias no pecuniarias en el arbitraje internacional de inversiones vis à vis la soberanía de los Estados, haciendo énfasis en casos en los que el Ecuador ha sido parte. Las preguntas a analizar son: ¿Atentan las medidas no pecuniarias dictadas

---

* Asociado Senior en Tobar ZVS Spingarn. Profesor titular de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja. Secretario arbitral de la Cámara de Comercio de Quito. Abogado por la Universidad de las Américas, LL.M., por McGill University. Correo electrónico: alarrea@tzvs.ec

** Asociado en Tobar ZVS Spingarn. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: juanmartinap13@gmail.com

A. Larrea Savinovich & J. M. Alarcón Peralta, "¿Afectan las medidas reparatorias no pecuniarias ordenadas en un arbitraje de inversión a la soberanía de los Estados? Perspectivas desde la experiencia ecuatoriana", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 10, 2019, pp. 213-232.


ISSN: 2600-5611/e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649/rea1008



por tribunales de arbitraje de inversión a la soberanía estatal? ¿Cuál es la experiencia del Ecuador en relación a las medidas no pecuniarias en arbitraje de inversión? Para responder estas preguntas, en primer lugar, se analizará la naturaleza de las distintas medidas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones. En segundo lugar, se hará un análisis casuístico de los procesos arbitrales en los cuales el Ecuador ha sido parte, para explorar la aplicabilidad de este tipo de reparaciones. Finalmente, se estudiará el concepto de soberanía dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Con este análisis, se demostrará que las medidas de reparación no pecuniarias son una alternativa viable en muchos casos y además, constituyen un mecanismo idóneo para preservar la relación entre el Estado y el inversionista.

Palabras Clave: Ecuador, arbitraje de inversiones, medidas reparatorias no pecuniarias, daños, soberanía estatal.

Do non-pecuniary remedies ordered in an investment arbitration affect State sovereignty? Perspectives from the Ecuadorean experience

Abstract: This article analyzes the nature of non-pecuniary remedies in international investment arbitration *vis-á-vis* the idea of sovereignty, with an emphasis on cases where Ecuador has been a party. Our research questions are: Do non-pecuniary remedies in international investment arbitration threaten the States' sovereignty? What is the Ecuadorian experience with respect to non-pecuniary remedies in investment arbitration? In order to answer these questions, we will analyze the different types of remedies available in international investment arbitration. Then, we will conduct an empirical research on investment arbitrations cases where the Ecuadorian State has been a party, in order to explore the applicability of these types of remedies. Finally, we will analyze the concept of sovereignty

within the international and domestic legal framework in order to conclude that non-pecuniary remedies are available and, in many cases, these remedies are the most appropriate mechanism to preserve the investor-state relationship.

Keywords: Ecuador, investment arbitration, non-pecuniary remedies, torts, State sovereignty.

1. Introducción

La soberanía de los Estados es un concepto dispar y con varias interpretaciones en el mundo jurídico internacional. No existe una definición uniforme respecto al significado de esta palabra. Sin embargo, existen algunos elementos en común que la mayoría de países reconocen al momento de definir el significado de soberanía. Así, se encuentra que para la mayoría de países la soberanía se entiende como aquella capacidad o "poder" que tienen los Estados de tomar decisiones de última instancia, sin sometimiento a consulta[1]. En el Ecuador, parecería que la soberanía se afinca en la voluntad de sus mandantes, el pueblo. Tan laxo como suena el concepto de soberanía, esta palabra ha servido como un justificativo para que muchos Estados se opongan a cuanta medida, obligación y orden que sea dictada por terceros contraria a sus intereses.

El fin último en materia de daños, es alcanzar el *restitutio in integrum*[2], el cual no se utiliza de manera inequívoca en el derecho internacional, toda vez que tiene dos acepciones: **(i)** tiene que ver con la restitución plena, es decir, retomar el estado inmediatamente anterior a la irrigación del daño; y, **(ii)** tiene que ver con la restitución en

1. V. Naranjo, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Temis, 1995, p. 210.
2. R. Águila, *Los límites al principio de reparación integral,* Santiago, 2010, p. 28.

especie que es sinónimo del cumplimiento específico[3]. Sin embargo, parecería que los tribunales arbitrales no toman en cuenta que, en muchos casos, las medidas reparatorias no pecuniarias son las más eficaces para lograr este objetivo. Esto se evidencia de la gran parte de los laudos dictados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), en los cuales rara vez se ordenan este tipo de medidas. La principal razón para este fenómeno es la discusión que ha surgido sobre la posible vulneración a la soberanía estatal mediante la aplicación de medidas de reparación no pecuniarias.

El convenio CIADI no ha previsto disposición alguna que faculte o impida a los tribunales arbitrales para aplicar medidas resarcitorias no económicas. Con lo cual, se concluye que les está permitido a los tribunales arbitrales a ordenarlas. Por otro lado, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, TLCAN) ha excluido expresamente la restitución jurídica[4], monetizando los daños en el cien por ciento de los casos; y, por tanto, ha cerrado la puerta a la aplicación de medidas reparatorias no pecuniarias. Por ello, la problemática jurídica tratada en el presente artículo es relevante, pues no existe armonía ni uniformidad en la legislación internacional aplicable.

Esta investigación no pretende concluir que las medidas reparatorias deben ser aplicadas obligatoriamente en todos los casos para alcanzar la restitución integral. Al contrario, lo que busca demostrar es que estas medidas forman parte del catálogo de opciones que tienen los árbitros a disposición y que, su adopción debe ser considerada en base a su eficacia y no a un temor infundado de menoscabar la soberanía estatal.

---

3. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador,* Caso CIADI No. ARB 06/1, Decisión sobre medidas provisionales, 17/08/2007, párr. 77-89.
4. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992). Art. 1135.

2. Medidas Reparatorias

Las medidas reparatorias son la vía mediante la cual un tribunal o un juez puede hacer cumplir un derecho ante la perpetración de un daño o lesión, que haya sido reconocido como consecuencia de un ilícito. El objetivo principal es compensar o restituir al afectado. Según el diccionario jurídico *Black's Law Dictionary*, restitución es la "acción de restaurar; devolución de algo a su legítimo dueño; acción de hacer el bien o dar el equivalente por pérdida, daño o injuria; indemnización"[5]. Para lograr dicho fin, se puede optar por diferentes opciones, como la orden de compensar económicamente al afectado o restituirlo a su estado previo a la irrigación del daño, esto es lo que se conoce en derecho como restitución jurídica[6].

2.1 Medidas reparatorias pecuniarias

Cuando se ha irrigado un daño al patrimonio, lo más común, es que se ordene la reparación del detrimento mediante medidas pecuniarias o de carácter económico, es decir, este tipo de reparaciones implican una obligación de dar (dinero) por parte del deudor. El fin de estas medidas es compensar las afectaciones patrimoniales de quien ha sufrido un daño. En la legislación ecuatoriana, el artículo 336 del Código Orgánico Administrativo prevé que en caso de no poder restituir las cosas a su estado original se procederá al pago de una indemnización[7]. La debida cuantificación del importe a pagar es una tarea meramente discrecional del juez o tribunal[8]. Si bien se deberá hacer una correcta subsunción de los hechos, el derecho y el daño perpetuado, la cuantificación de la compensación económica siempre quedará al buen criterio del juzgador.

5. Traducción libre. B. Garner & H. Campbell, *Black's Law Dictionary,* 1999.
6. S. Napolitano, *Responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos,* Universidad de Buenos Aires, 2011 p, 103.
7. Código Orgánico Administrativo, Art. 336, RO No. 31, 07/07/2017.
8. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 95, No. 1, p. 38.

Para evitar que el criterio del tercero imparcial radique en la arbitrariedad, se ha contrastado este método mediante la implementación de baremos, mismos que pretenden tazar los posibles daños con anterioridad[9]. En el mismo sentido, la publicidad de las sentencias resarcitorias es otro mecanismo de homologar criterios a la hora de ordenar una medida resarcitoria pecuniaria[10]. Sin embargo, ninguno de los métodos descritos logra materializar un sistema inequívoco de tasación. Motivo por el cual, no siempre las medidas de reparación económicas son el camino más eficaz para reparar y compensar el daño.

Es un hecho notorio que las medidas de reparación pecuniarias son las más adoptadas por los juzgadores. Sin embargo, no son ellos los únicos responsables, pues frente a la ocurrencia de un daño, lo más común es que las partes y sus abogados soliciten en sus demandas, compensaciones de carácter económico. Por ello, los juzgadores se encuentran limitados a pronunciarse exclusivamente sobre la pretensión de la demanda, so pena de caer en vicios de incongruencia al momento de decidir como el *extra petita.*

2.2. Medidas reparatorias no pecuniarias en arbitraje de inversión

En primer lugar, es menester indicar que, en el derecho internacional, cuando se ha producido un daño, nace la obligación de reparación por parte de quien lo ha provocado. Para entender esta obligación, es importante referirnos brevemente al fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI) también conocido como Chorzow, probablemente uno de los primeros referentes en

9. H. Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
10. Ibídem.

esta materia[11]. En la sentencia, la CPJI señala el principio de reparación como una obligación en derecho internacional:

> [E]s un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general de derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar en forma adecuada; […] la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido […][12].

Por lo tanto, en derecho internacional el fin último de la reparación integral es restituir al afectado, volviendo las cosas al estado anterior al cometimiento del daño[13]. Si bien en muchos casos esa reparación comprende una compensación de carácter económico, en otros casos es necesario adoptar una serie de medidas no pecuniarias para extinguir las consecuencias de algún acto ilegal. Estas medidas de reparación no materiales juegan un papel importante y son, en muchos casos, las más apropiadas para alcanzar la restitución. Por un lado, la restitución será de carácter material cuando esté relacionada, por ejemplo, con una propiedad confiscada por un Estado o la liberación de una persona encarcelada[14]. Por otro lado, la restitución será de carácter jurídico cuando busque restablecer el *status quo* existente previo al daño[15].

Para entender el concepto de restitución integral, es importante mencionar que existen distintos tipos de medidas no pecuniarias[16]. Por ejemplo, el cese de una actividad o el cumplimiento específico. En relación al cese, un tribunal

11. C. Nash, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* 2da Ed., Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2009.
12. Tribunal Permanente de Justicia Internacional, *Alemania v. Polonia*, 13/09/1928, párr. 68, <https://bit.ly/2E24ORR> (17/07/2019).
13. Z. Becerra, "La Obligación de Reparar como Principio del Derecho Internacional", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, No. 3, 2016.
14. T. Ishikawa, "Restitution as a Second Chance for Investor-State Relations: Restitution and Monetary Damages as Sequential Options", *McGill Journal of Dispute Resolution,* Vol. 3, 2016-2017.
15. Ibídem.
16. T. Ishikawa, N. 14.

de arbitraje puede ordenar que un Estado se abstenga de realizar una determinada conducta[17]. El cese implica que un Estado detenga la conducta que está provocando el daño. Para los expertos en la materia, el cese no está enfocado a las consecuencias de la conducta dañosa y es más bien una reparación de carácter puramente legal[18]. En relación al cumplimiento específico, este es otra forma de reparación mediante el cual se busca proteger los derechos de un inversionista que han sido menoscabados por una decisión o acto estatal. Por lo tanto, lo que pretende este mecanismo es volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho. Este tipo de restitución requiere de una intervención estatal mediante actos legislativos o administrativos para que se pueda restaurar la situación al momento anterior[19]. La restitución jurídica implica por lo tanto una modificación de una situación jurídica.

Como hemos anticipado, el convenio CIADI, así como otros acuerdos o tratados bilaterales de inversiones (en adelante, TBIs), no establecen ninguna prohibición para que los árbitros dicten medidas de naturaleza distinta a las que condenan al pago de una suma determinada de dinero. Por lo tanto, al no existir prohibición expresa en la mayoría de tratados internacionales, los tribunales tienen todas las facultades, como jueces privados que son, para ordenar las medidas que consideren necesarias de reparación[20]. Tomando en cuenta, además, que en el derecho internacional se ha reconocido que la reparación podrá comprender la adopción de medidas de carácter no pecuniario para restablecer el *status quo*[21].

---

17. S. Willis-Valderrama, "Protección a la Inversión Extranjera en Infraestructura por Medio de Acuerdos Internacionales de Inversión: un Nuevo Reto para Colombia", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 19, 2011.
18. B. Allen, *The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral Practitioners,* <https://bit.ly/2Snltno> (01/05/2011).
19. Ibídem.
20. M. Blackaby & A. Camargo, "Alternativas de Reparación en el Arbitraje Internacional de Inversiones", *ACDI,* No. 1, 2008.
21. Ibídem.

En este sentido, en el caso Burlington contra Ecuador[22] (ARB 08/5), el tribunal realiza un test de procedencia para conceder medidas no pecuniarias. Para el efecto, se deben cumplir tres requisitos esenciales:

(i) Existencia de un derecho a proteger

- **a.** El derecho de exclusividad conforme el artículo 26 del CIADI;
- **b.** El derecho a que no se agrave la disputa y a mantener el *status quo*; y,
- **c.** El derecho al cumplimiento específico y a la efectividad del laudo.

(ii) Urgencia por preservar el derecho

(iii) Test de necesidad y eficacia

2.2.1. Ejecutabilidad de las medidas reparatorias no económicas

Existe controversia en relación a la ejecutabailidad de este tipo de medidas. Después de todo, de nada sirve que los árbitros opten por ordenar reparaciones no pecuniarias si en la práctica se tornan inejecutables por cualquier razón que fuere[23]. En principio, son ejecutables estas órdenes en la medida en la que sean posibles. Sería inútil considerar una medida no pecuniaria cuando no es materialmente posible cumplirla, por ejemplo, ordenar que se restituya una propiedad que se encuentra destruida o en posesión de un tercero[24]. De igual manera, no sirve de nada ordenar una medida de este tipo si la misma va a implicar un perjuicio mayor en proporción a una compensación

22. *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos Petroecuador,* Caso CIADI ARB 08/5, Resolución Procesal No. 1 sobre medidas provisionales, 29/06/2009.
23. T. Ishikawa, N. 14.
24. J. Rueda, "La Aplicabilidad del Convenio de Nueva York al Arbitraje de Inversiones: Efectos de las Reservas al Convenio", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 2, No. 1, 2010.

económica[25]. Además, siempre está la preocupación por parte de algunos tribunales de incurrir en el vicio de *ultra petita* por ordenar algo distinto a lo reclamado[26]. En concordancia, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en el artículo 35 del Tratado de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos prescribe:

> El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:
>
> **a.** No sea materialmente imposible;
>
> **b.** No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización[27].

El art. 51 numeral 1 del convenio CIADI señala que

> Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio con carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia dictada por un tribunal existente en dicho Estado[28].

A simple vista, parece que sólo las obligaciones de carácter monetario podrán ser ejecutadas por los Estados, dificultando así la adopción de medidas de carácter distinto. No obstante, hacer una interpretación tan restrictiva en relación a este artículo, iría en contra del sentido del propio convenio debido a que existen casos en los cuales la medida no pecuniaria es de imposible cumplimiento por lo que una obligación legal en de estas características carecería de sentido[29]. Sin embargo, en

25. H. Corral Talciani, N. 9.
26. Ibídem.
27. Informe de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2001), Art. 35.
28. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966), Art. 51(1).
29. H. Corral Talciani, N. 9.

el caso *Libia v. Texaco*[30], el tribunal arbitral consideró que, para alcanzar la restitución integral, lo que procedía es la imposición al gobierno de Libia, de obligaciones de cumplimiento específico. Lo mismo sucedió en el caso *Goetz v. Burundi* [31], en el cual el Tribunal optó por medidas no pecuniarias de forma subsidiaria a las compensaciones económicas.

3. ¿Qué significa la soberanía estatal?

El término soberanía proviene del latín *super omina* cuyo significado es: sobretodo o poder supremo. Jean Bodin ha definido a la soberanía de manera amplia como el "poder absoluto y perpetuo de una república"[32]. Para Bodin, soberano es el poder de decisión, el emitir leyes mas no recibirlas de otro[33]. Dos siglos después, Rousseau redefine al concepto de soberanía dándole un giro drástico. Para Rousseau, la soberanía radica en las personas y es la colectividad en su conjunto, la que ha decidido, por voluntad propia, enajenar sus derechos en favor de la autoridad. La Constitución de la República del Ecuador de 2008 recoge lo anunciado previamente en su primer artículo, el cual prescribe "la soberanía radica en su pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad"[34].

Ahora bien, en ejercicio de la soberanía de sus individuos, expide la carta magna, que prevé el deber que tiene el Estado de "garantizar y defender la soberanía nacional"[35]. Hasta aquí, no deja de ser un concepto abstracto que no lleva mayores

30. *Texaco Overseas Petroleum Company & California Asiatic Oil Company v. Gobierno de Libia*, Tribunal Independiente, Laudo, 19/01/1977.
31. *Antonio Goetz & Otros v. República de Burundi,* Caso CIADI No. ARB/95/03, Laudo, 10/02/1999.
32. J. Bodín, *Los seis libros de la República,* Madrid, Editorial Tecnos, 1992.
33. Ibídem.
34. Constitución de la República de Ecuador, Art. 1, RO No. 449, 10/20/2008.
35. Constitución de la República de Ecuador, Art. 3, RO No. 449, 10/20/2008.
Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: […]
2. Garantizar y defender la soberanía nacional […].

consecuencias prácticas; sin embargo, el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador manda lo siguiente:

> No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas [36].

Este artículo fue redactado bajo una errónea concepción sobre el significado de la soberanía. Toda vez que, el someter los conflictos respecto de los inversionistas a tribunales extranjeros no compromete, en absoluto, la soberanía estatal[37]. Y menos aún dicha soberanía pende de la jurisdicción donde se lleve a cabo el proceso arbitral. Para GUASTINI, este concepto constitucionalista y el concepto de soberanía que se maneja en el derecho internacional, son completamente diferentes, pues tienen diferentes alcances y consecuencias[38]. Y es que la soberanía dentro del derecho constitucional tiene que ver con ese poder indelegable de crear normas, ese poder soberano que corresponde a uno solo. Ese poder de ser constituyente, no tener ningún fundamento de legitimidad precedente ni estar condicionado a la decisión de terceros.

Es relevante para el presente artículo, el concepto de soberanía en el marco del derecho internacional que nos atañe. El derecho internacional enfrenta una dicotomía: **(i)** Por un lado la teoría de KELSEN que establece que los Estados no son soberanos y, en consecuencia, se deben al derecho internacional. Toda vez que sus ordenamientos no son originarios en absoluto, se fundamentan en normas de derecho internacional. Siendo entonces el poder constitucional de los Estados, un poder constituido[39]. Y, por otro

---

36. Constitución de la República de Ecuador, Art. 422, RO No. 449, 10/20/2008.
37. O. E. GARCÍA-BOLÍVAR, "Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?", *ICSID Review-Foreign Investment Journal, Washington*, D.C., 2009, p. 468.
38. R. GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, 2016, p. 312.
39. H. KELSEN, *Il problema della soveranità e la teoría del diritto internazionale*, Milano, 1920. Traducción al español por H. CAMINOS & E. C. HERMIDA,"Estudio Preliminar: Soberanía y De-

lado, según Ferrajoli, **(ii)** los Estados sí son soberanos y por tal, no obedecen a obligación proveniente del derecho internacional alguna siendo completamente libres[40]. Ninguno de estos conceptos resulta del todo convincente, en este sentido, Guastini determina que "la soberanía es el presupuesto –la condición *sine qua non*– para la aplicabilidad de normas internacionales, incluidas aquellas que imponen obligaciones a los Estados"[41].

Este concepto de soberanía que admite la imposición de obligaciones en el ámbito internacional –muy aparte de las obligaciones convencionales, claro está– calza perfectamente con la historia del Estado ecuatoriano. No será ajeno para muchos, la propuesta de un arbitraje papal entre el Ecuador y el Perú iniciado en 1991 ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, para presentar sus disputas limítrofes a consideración de un tercero imparcial: el Papa[42]. ¿Qué otro aspecto puede ser más intrínseco al concepto de soberanía que la limitación territorial de un Estado? Probablemente ninguno. Así, concluimos que cuando un Estado pacta un convenio arbitral y somete su disputa a la jurisdicción de un tribunal, no está renunciando a su soberanía sino todo lo contrario, lo hace en pleno ejercicio de la misma.

4. Preocupación sobre injerencia en la soberanía

Si bien hemos mencionado algunas razones (facilidad en la ejecución, términos del contrato o tratado, ley aplicable) por las cuales existe una tendencia por parte de los árbitros a no dictar medidas no pecuniarias en materia de arbitraje de

recho Internacional en Hans Kelsen: mito y realidad" a cargo de J. L. Monereo Pérez, Editorial Comares, 2013.

40. L. Ferrajoli, "La soberanía en el mundo moderno", *Derechos y Garantías. La ley del más débil,* 1era Ed., Trotta, 1999, pp. 125-175.
41. R. Guastini, N. 38, p. 316.
42. Véase, R. Borja, *Ecuador–Perú: El arbitraje papal,* Afese, <https://bit.ly/2JUAyZY> (18/07/2019).

inversión, no podemos desconocer que una de dichas razones, es su preocupación por evitar una injerencia en la soberanía. Después de todo, ordenar que un Estado modifique, revoque o altere un acto administrativo o deje sin efecto alguna resolución administrativa o política pública, implica entrar en un análisis teórico y controversial respecto a si dicha orden constituye una intrusión en la soberanía.

Como hemos dicho, son raros los casos en los que los tribunales ordenan reparaciones no pecuniarias, sin embargo, la tendencia tradicional de sólo ordenar compensaciones económicas trae muchas desventajas. En ocasiones el daño sufrido por los inversionistas es difícil de cuantificar en dinero. Por ejemplo, si un Estado viola su obligación contenida en un tratado e impide que los extranjeros asuman posiciones gerenciales en la compañía de un inversionista, la cuantificación en dinero no es más apropiada que ordenar al Estado que deje sin efecto tal conducta[43]. Esto se debe a que las reparaciones económicas usualmente tratan las consecuencias del pasado y no evitan que cierta conducta dañosa se repita en el futuro. Por lo tanto, el temor de los tribunales a dictar estas medidas termina siendo perjudicial en muchos casos para ambas partes.

5. Análisis casuístico de los casos de arbitraje donde ha participado el Ecuador

El presente cuadro tabula la información recabada respecto de todos los procesos arbitrales seguidos bajo el convenio CIADI en los cuales ha participado el Ecuador:

43. *Occidental v. Ecuador*. N. 3.
*** Abreviaciones:
MP Medida Pecuniaria
MPNP Medida Provisional No Pecuniaria
DNC Declaratoria de No Competencia
SP Suspensión del Proceso
T Transacción

No. caso	Demandante	Reparación***	Tipo
ARB/06/11	Occidental Petroleum Corporation	MP	
ARB/09/23	Corporación Quiport S.A.	T	
ARB/08/10	Repsol YPF Ecuador, S.A.	T	
ARB/08/06	Perenco Ecuador Limited	MPNP	
ARB/08/05	Burlington Resources, Inc.	MP	Cese
ARB/08/04	Murphy Exploration	DNC	
ARB/03/06	M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc.	DVL	
ARB/06/21	City Oriente Limited	MPNP	Cese Cumplimiento específico
ARB/02/10	IBM World Trade	T	
ARB/01/10	Repsol IPF	MP	
ARB/06/17	Técnicas Reunidas y Eurocontrol	SP	
ARB/05/12	Noble Energy y Machala Power	SP	
ARB/05/09	Emelec	DNC	
ARB/04/19	Duke Energy Electroquil	MP	

Fuente: Base de datos del CIADI. Elaboración por los autores

De los casos antes referidos, se desprende que el Ecuador tiene catorce casos en el archivo de causas del CIADI[44], en los

44. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversionees, *The ICSID Caseload – Statistics*, Issue 2018-1, <https://bit.ly/2HS5k2y> (18/07/2019).

cuales únicamente en dos los tribunales han ordenado como medida provisional resarcitoria el cese de una actividad por parte del Ecuador. Estas cifras representan apenas el 14%. Si tomamos en cuenta los casos en los que el tribunal consideró las medidas no pecuniarias como una opción, pero no optó por ordenarlas, esta cifra asciende al 28%; lo que quiere decir que en el resto de causas (72%) no se han considerado si quiera la posibilidad de reparar al afectado a través de otro mecanismo que no sea la compensación económica. Al replicar esta tendencia de manera hipotética, nos lleva a concluir que de los 744 casos registrados en la base de datos del CIADI, apenas 104 casos posiblemente han considerado las medidas no pecuniarias como herramienta para la restitución. En consecuencia, estas cifras evidencian que, si bien los tribunales están facultados para ordenar medidas no pecuniarias, esto sucede en un porcentaje mínimo. Para entender el razonamiento de los tribunales en relación a la adopción de medidas reparatorias no pecuniarias, es menester analizar los siguientes casos.

5.1 Caso Perenco ARB 08/06[45]

En el caso petrolero iniciado en el 2008 entre Perenco Ecuador Limited y la República del Ecuador, el tribunal arbitral dictó medidas resarcitorias no pecuniarias en contra del Ecuador con el objetivo de no agravar la contienda entre las partes ni vulnerar los derechos que los demandantes buscaban proteger mediante el arbitraje[46]. Las medidas ordenadas por el tribunal corresponden al cese de una actividad, toda vez que las mismas determinan prohibiciones específicas para las partes. Dichas medidas sin duda limitan el accionar del Estado, y no por esto se ha vulnerado la tan protegida soberanía ecuatoriana.

---

45. *Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador,* Caso CIADI No. ARB/08/06, Decisiones sobre las medidas provisionales, 8/05/2009.
46. Ídem, párr. 79.

Dentro del Caso Perenco, el Estado ecuatoriano alegó que las medidas solicitadas por parte de los demandantes no caben ya que la limitación a la aplicación de la Ley 42 interferiría con la independencia y soberanía del Estado, especialmente, con su poder legislativo; más aún, cuando la Corte Constitucional ecuatoriana determinó la vigencia y constitucionalidad de la Ley 42. Contrastando lo alegado por el Estado, el tribunal arbitral concluyó que si bien la Ley 42 goza de un pronunciamiento constitucional favorable, éste no puede limitar al tribunal arbitral de conceder medidas para mantener el *status quo*[47]. Existen precedentes internacionales donde los tribunales arbitrales han impedido que se aplique una ley promulgada en defensa de la soberanía estatal de promulgar leyes dentro de su territorio como: *City Oriente v. Ecuador*[48] (versa sobre la misma Ley 42); y, *Sergei Paushok y otros v. Mongolia*[49].

5.2 Caso City Oriente ARB 06/21[50]

En el caso iniciado por *City Oriente Limited v. República del Ecuador y la Empresa Estatal de Petróleos Petroecuador,* el Tribunal optó por ordenar al Ecuador que se abstenga (cese) de iniciar cualquier acción judicial que involucre a la compañía inversionista y/o a sus directivos y/o a sus empleados y que guarde relación con el contrato materia del arbitraje[51]. A criterio del Tribunal, esta medida era necesaria para preservar el *status quo*, evitando así que se lleve a cabo cualquier acto que perjudique los derechos en disputa y que pueda agravar la controversia. Además, el Tribunal ordenó en este caso el cumplimiento específico para que las partes continúen con las

47. Ídem, párr. 25.
48. *City Oriente Limited v. Ecuador,* Caso CIADI No. ARB/06/21. Resolución sobre Medidas Provisionales, 19/11/2007.
49. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company v. Gobierno de Mongolia*, Caso CNUDMI, 28/04/2011.
50. *City Oriente Limited v. Ecuador,* N. 48.
51. Ídem, párr. 93.

obligaciones asumidas en virtud del contrato. Por ejemplo, el tribunal ordenó que City Oriente Limited pague cualquier cantidad derivada de la aplicación al contrato de 29 de marzo de 1995 de la Ley Nº 2006-42[52].

5.3 Caso Occidental Petroleum ARB 06/11[53]

Es claro, que no todos los tribunales coinciden en que este tipo de medidas no afectan a la soberanía estatal. Por ejemplo, dentro del caso *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, el tribunal indicó que cuando un Estado, ejerciendo su soberanía, pone fin a un contrato, licencia o concesión, el "cumplimiento específico" es jurídicamente inviable[54]. Además, agregó el Tribunal que previo a ordenar el cumplimiento específico, se debe analizar si dicha medida de reparación no es desproporcionadamente mayor en cuanto a la soberanía del Estado que la indemnización monetaria. En palabras de Oscar Schachter:

> [S]i bien en principio corresponde cumplir la obligación de restablecer la situación que existía antes de la transgresión, puede haber razones materiales y sociales que hagan "imposible" o "impracticable" para el Estado ofensor el restablecimiento de la situación en su estado anterior[55].

Por su parte, el Estado argumentó respecto de la supremacía de la soberanía estatal frente a las medidas no pecuniarias: "[A] un Estado soberano no puede ordenársele, contra su voluntad, restituir a un inversionista una inversión o concesión que se haya rescindido o expropiado. En esas circunstancias sólo puede exigírsele que pague una indemnización monetaria"[56].

52. Ibídem.
53. *Occidental v. Ecuador.* N. 3.
54. Ídem, párr. 79.
55. Traducción libre. O. Schachter, *International Law in Theory and in Practice,* Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1982, p. 190.
56. Traducción libre. Ídem, p. 45.

Sin perjuicio del criterio de este tribunal, cabe recalcar que ha pasado más de una década desde la expedición de esta decisión, por lo que los criterios respecto de las medidas reparatorias no económicas han evolucionado. Por ejemplo, en el caso *Hela Schwarz GmbH v. República de China*[57], el tribunal arbitral explora la indiscutida aplicabilidad del cese y el cumplimiento específico como medidas para alcanzar la restitución integral.

6. Conclusión

En este artículo se exploró la naturaleza, aplicabilidad y ejecutabilidad de las medidas reparatorias no pecuniarias, así como los casos en los cuales el Ecuador ha sido parte. Después de un análisis doctrinario y jurisprudencial, se concluye que las medidas reparatorias no pecuniarias son completamente válidas, eficaces, exigibles, ejecutables y sobre todo compatibles contra la verdadera soberanía estatal. No obstante, los tribunales en más del 70% de los casos, ni siquiera consideran a este tipo de medidas como una opción válida para lograr reparar los daños perpetrados al inversionista. Particularmente, de la totalidad de los casos en los que el Ecuador ha participado, apenas en dos casos el tribunal ha concedido medidas de este tipo.

Es claro, que existe un latente e infundado temor por parte de los tribunales arbitrales internacionales en lesionar la soberanía estatal y por esta razón no consideran adoptar mecanismos distintos a las compensaciones monetarias. Al contrario, se ha zanjado la discusión sobre el verdadero alcance de la soberanía estatal, concluyendo así que un Estado no es menos soberano por cumplir decisiones ordenadas por tribunales arbitrales que contengan este tipo de medidas. Tal

57. *Hela Schwarz GmbH v. República de China,* Caso CIADI No. ARB/17/19.

es así, que incluso se ha demostrado la posibilidad de llevar al arbitraje temáticas intrínsecamente ligadas a la soberanía del Estado como son disputas limítrofes.

Finalmente, el presente análisis no es una consigna para promover la adopción de medidas no pecuniarias como la única alternativa de reparación de daños en arbitraje internacional; toda vez que, se debe realizar un test de procedencia para determinar de manera objetiva si la aplicación de estas medidas protege un derecho existente y cumple con los parámetros de urgencia y necesidad que justifiquen su pertinencia. En vista de que, existen casos en los que las aplicaciones de estas medidas son de imposible cumplimiento o representan una carga desproporcionada respecto del beneficio que pudiera recibir el perjudicado.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador: a landmark decision in environmental counterclaims

*María Soledad Peña Plaza**

Recibido/Received: 02/05/2019
Aceptado/Accepted: 06/05/2019

Abstract: The Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador counterclaims case turned into a landmark decision, being the first case in which an ICSID tribunal had fully admitted a counterclaim on the merits and, held an investor liable for environmental damages within the frame of a BIT. The present article is intended

---

* Masters of Law in International Business and Economic Law, Certificate in International Arbitration and Dispute Resolution, Georgetown University, 2019. Lawyer Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2017. E-mail: mp1612@georgetown.edu

M. S. Peña Plaza, "Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador: a landmark decision in environmental counterclaims", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019, pp. 233-265.



ISSN: 2600-5611/e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649/rea1009



to analyze: **(i)** the different basis under which Tribunals have deemed themselves competent to hear a counterclaim in the legal framework of a BIT; **(ii)** the *sui generis* nature of admitting jurisdiction based in a *compromise* by the Burlington tribunal; and, **(iii)** the new Ecuadorian Model of Investment Treaty based on the recent Investment Treaty's Tribunal decisions that are allowing States adequate relief by permitting protection of the environment and human rights of Host Countries. Discussion and criticism about the first ICJ decision awarding damages for a violation of international environmental law have also been brought under the light of this article.

Keywords: counterclaims, compromise, Bilateral Investment Treaty, Host Countries, damages, environmental harm, precautionary principle.

Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador: una decisión histórica en reconvenciones ambientales

Resumen: Las reconvenciones del caso Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador se convirtieron en una decision histórica, siendo este el primer caso en el cual un tribunal CIADI admitió completamente una reconvención en méritos, y encontró responsable al inversor por daños ambientales dentro del marco de un TBI. El presente artículo tiene la intención de analizar: **(i)** las distintas bases bajo las cuales los tribunales se han considerado competentes para conocer una reconvención bajo el marco legal de un TBI; **(ii)** la naturaleza sui generis de la admisión de jurisdicción basada en un compromiso por el tribunal del caso Burlington; y, **(iii)** el nuevo modelo ecuatoriano de un TBI basado en las decisiones recientes de los tribunales de tratados de inversión que están permitiendo a los Estados adecuar los desagravios al permitir la protección de derechos humanos y ambientales de los Estados sede.

La discusión y críticas sobre la primera decisión de la CIJ que reconoce daños por la violación de la ley internacional ambiental han sido también traídas a la luz en este artículo.

Palabras clave: reconvenciones, compromiso, Tratado Bilateral de Inversión, países sede, daños, daño ambiental, principio de precaución.

1. Introduction

One of the biggest criticisms and unresolved questions that Investor-State arbitration had been facing is whether or not States have the possibility of raising counterclaims in investment arbitrations. There are opposing views in the academia and within the investment treaty arbitral tribunals regarding the jurisdiction of the arbitral tribunals and the admissibility of counterclaims raised by the States under the frame of an investment treaty[1]. This present discussion has led to contradictory awards ruling on the issue of jurisdiction and admissibility of State's counterclaims. Before deepening in the analysis of *Ecuador v. Burlington*, there must be analyzed, in the first place: **(i)** the different positions of arbitral tribunals regarding the admissibility of counterclaims; **(ii)** the advantages of accepting the counterclaims; and, **(iii)** the necessity of making it the general rule through the establishment of clear provisions in the International Investment Treaties (onwards, IITs) or International Investment Agreements (onwards, IIAs) in order to rebalance the asymmetry that exists in the Investor-State Dispute Settlement (onwards, ISDS). This first analysis

1. Most of the tribunals and authors, such as in the case of *Spyridon Roussalis v. Romania,* support the position that if the counterclaim is not expressly permitted in the IIA, IIT or BIT, then consent cannot be implied from the procedural provisions referring to counterclaims in the applicable procedural arbitral rules. However, in the last years, tribunals such as *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuegoa v. The Argentine Republic, and Antonio Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, have decided that an express acceptance of ICSID procedural rules, was sufficient to imply a consent to counterclaims; there was not need to locate additional or affirmative consent in the underlying BIT.

will take us to the conclusion, that in order to survive, the ISDS is condemned to evolve towards a more symmetric, equalized and neutral system for investment disputes resolutions.

One purpose of IITs or IIAs is to correct the imbalance that can exist if a State exercises its power and authority over investors. For achieving this objective, IITs limit State's authority by imposing several obligations to it –and in most treaties, none obligations to the investors–, and by granting the investor the possibility to file arbitration claims against Host States in case of breach of any of those treaty-based duties. This is perfectly logical and understandable, since it is true that in many States it exists an apparent bias on their local courts due to distinct reasons such as lack of separation of power, state immunity, etc. The idea was to provide the parties with a neutral playing field in which they could defend each other in arms' length.

The problem of the asymmetry arises in part due to the lack of obligations imposed to the Investors under the treaties, and even in greater part the issue arises once the arbitration starts because under most IITs or IIAs, States lack the power to submit a claim, and even in many scenarios it is deprived to defend itself with a counterclaim[2]. It must be said that the State not only does not have the chance to seek for affirmative relief from the investor when it does not comply with its domestic laws and regulations, but also –under most treaties that do not allow counterclaims– cannot ask for redress. States can only seek to diminish investor rights, it cannot win, it can just not lose. "Thus, it is certainly true that looking at investment treaty arbitration in isolation, the procedure is usually one sided, and that disequilibrium might be redressed by the ability of States to submit counterclaims against investors"[3].

2. A. K. Bjorklund, "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment law", *Lewis & Clark Law Review,* 2013, p. 463.
3. Ibídem.

2. Counterclaims under international investment treaties

2.1 Basis for the tribunal to hear counterclaims

2.1.1 Treaty provisions

The arbitration clause provided in IIAs or IITs is considered a unilateral open offer or invitation by the Host State for the investor to seek arbitration. The investor accepts it by filing the claim and instituting the arbitration proceeding under the treaty. However, when the arbitration clause does not contemplate the possibility of counterclaims (and this is the case of the great majority of IITs) it has been considered by the majority of arbitral tribunals that they lack of jurisdiction to admit a counterclaim filed by the Host State. This decision of the tribunal will depend –partly– on the treaty's language regarding the scope of the ISDS[4].

There are very few treaties that expressly refer to counterclaims in the provision containing the offer to arbitrate investment disputes where the Investor by commencing arbitration under the treaty consent. "An express reference to counterclaims in the provisions containing the offer to arbitrate investment disputes can turn the balance in favor of asserting jurisdiction over a counterclaim"[5]. For example, one of the few IITs that grants the express right to assert counterclaims to the Host State is the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Investment Agreement, which provides in its article 28 (9):

> A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence,

4. Ídem, p. 466.
5. D. Atanasova, C. A. Martínez & J. OSTRANSKY, *Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) under International Investment Agreement (IIAs)*, Trade and Investment Law Clinic Papers 2012, The Graduate Institute Centre for Trade and Economic Integration, p. 17.

> counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages[6].

We must make a parenthesis at this point, to emphasize another interesting and uncommon thing of the COMESA agreement. This IIA expressly imposes obligations to the investor: **(i)** to comply with all the applicable domestic measures; and **(ii)** to mitigate any possible damages. It is a very significant advance since, as we mentioned before, most IAAs and IITs do not impose any obligations on the investor and if they do, they are focused on the stage of investment-making and not in the post-investment stage as in this one. To clearly state the obligations in a treaty to elevate it to an international obligation, it is a significant advance towards reaching the so needed rebalancing in ISDS, this specific issue will be expanded later on the paper.

On the other hand, there are treaties that address the issue of counterclaims in a more implicit manner, by excluding some particular types of counterclaims. The most common counterclaims that tend to be excluded relate to the recovery of losses by the investor by some guarantee mechanism such an insurance agreement. For example, the Uruguay- US Bilateral Investment Treaty in article 24 (7) provides:

> A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set of, or any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract[7].

6. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (2007), Article 28(9). Available at: <https://bit.ly/2LS3Tqe>
7. Uruguay- United States Bilateral Investment Treaty (2006). Available at: <https://bit.ly/30yzm50>

This provision is construed *contrario sensu*, as a permission to allow all other types of counterclaims under the particular IIAs. This argument can be used in favor of the admission of a counterclaim regarding a subject matter not pertaining of the group that is expressly prohibited in the above mentioned article.

In a similar case, NAFTA Chapter 11, established very narrowly the circumstances in which the investor party was entitled to submit arbitration. However, later on, it established that "in an arbitration a party shall not assert, as a defense, counterclaim, right of setoff or otherwise that the disputing investor has received or will receive, pursuant to an insurance or guarantee contract, indemnification or other compensation for all or part of its alleged damages"[8]. Some took the position that it has no sense to specifically preclude counterclaims in one circumstance unless they were permitted in others[9]. Nevertheless, professor Douglas concluded that if investor's primary claims were limited to breaches of chapter 11, "it would be preferable to construe Chapter 11 of NAFTA as excluding the possibility of counterclaims by the Host State respondent"[10]. Precisely, this was the argument in which the tribunal in *Spyridon Roussalis v. Romania*[11] refused to admit counterclaims against the foreign investor.

2.1.2 Theory of the applicable law clause as a basis to admit counterclaims

Some authorities suggest that the applicable law clause in IIAs or IITs might be important to determine if there is availability to submit a counterclaim. Depending on the provisions of the treaty, some will direct tribunals to apply

8. North American Free Trade Agreement (1992), Article 1116.
9. A. K. Bjorklund, N. 2, p. 469.
10. Ibídem.
11. *Spyridon Roussalis v. Romania,* ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 12/7/2011.

the treaty while others will mandate that the domestic law of the Host State will be the governing law of the arbitration. In the first scenario, since it is very unlikely that treaties impose obligations to investors[12], Host States would not have grounds to bring a claim under the treaty or international law. However, there is the possibility that by applying international law, the tribunal decides to include the rules of international conflict to decide the appropriate law, and thus it can decide that the applicable law to the conduct of the investor would be the Host State's[13]. In this case, it would not be necessary to have a treaty obligation of compliance with domestic law to apply it, but still the issue of consent will be hard to overcome. In the latter scenario, allegations of breaches of domestic law by the Host State might have a streamline path to bring it to the investment tribunal.

Another way to bring a counterclaim would be through the application of an umbrella clause. Umbrella clauses allow to elevate a breach of a contract by the government within a contract with a foreign investor to a treaty breach committed by the State. The rationale behind its application is that a failure to honor a contract constitutes a failure to honor the guarantees recognized by the State in a treaty. Consequently, if an investment tribunal was competent to hear all contract-based claims it should be able to hear counterclaims. In other words, "an investment tribunal hearing a claim brought under the umbrella clause will effectively be hearing a breach of contract claim, which suggest counterclaims with respect to the contract would appropriate be heard as well"[14]. This was the case of the

12. Very few treaties impose obligations to the investor, for instance the new United States, Mexico, Canada, Agreement USMCA, dedicate a whole chapter to environmental regulations and impose obligations to all parties, including investors of the countries, such as in article 24(4): "No Party shall fail to effectively enforce its environmental laws through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement". Available at: <https://bit.ly/2O7mJg6>
13. A. K. Bjorklund, N. 2, p. 470.
14. Ibídem.

tribunal in SGS *Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* in which the tribunal held:

> It would be inequitable if, by reason of the invocation of ICSID jurisdiction, the Claimant could on the one hand elevate its side of the dispute to international adjudication and, on the other, preclude the Respondent from pursuing its own claim for damages by obtaining a stay of those proceedings for the pendency of the international proceedings, if such international proceedings could not encompass the Respondent's claim[15].

2.1.3 Reference to counterclaims in applicable arbitration rules

Many of the procedural rules under which investment arbitrations are held, such as UNCITRAL Arbitration Rules or ICSID Convention, mention the possibility of counterclaims. Therefore, some argue that one of the sources of tribunals competence to admit counterclaims is in the arbitration procedural rules agreed by the parties. The ones that support the argument basically allege that when the parties agree to a set of arbitration procedural rules, they are expressly agreeing to all its provisions including the permission to admit counterclaims. Article 46 of the ICSID Convention provides:

> except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, *determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties* and are otherwise within the jurisdiction of the Centre[16] (emphasis added).

---

15. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2, 10/16/2002, p. 302.
The tribunal also stated that the lack of an express clause in the Claims Settlement Declaration conferring the right to present counterclaims in inter-State cases does not warrant the conclusion that such counterclaims are prohibited, since each Party could file claims against the other.
16. Arbitration Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (1966), Rule 40(1). The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States entered into force on 10/14/1966 and has been ratified by 154 countries. Ecuador denounced the Convention on July 6, 2009. Available at: <https://bit.ly/2nhow1w>

The first case in which an ICSID tribunal dealt with the conditions for bringing a counterclaim under its rules was *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*[17]. The investor claimant *Klöckner* brought a contract-based claim against Cameroon under the terms of a joint venture to build a fertilizer plant. Klöckner initiated an ICSID arbitration based on its own contract with Cameroon, which counterclaimed on the bases of two other related contracts including one with the joint venture company. The tribunal "without expressly tying its reasoning to the terms of article 46 of the ICSID Convention that governs counterclaims, found that such a counterclaim could be brought under related agreement because the contract's constituted an indivisible whole"[18].

However, the opposing view argues that the provision is a procedural mechanism that would allow the filing of counterclaims only to the extent that the option would be foreseen in the consent instrument itself. The 2010 UNCITRAL rules provide that a tribunal may hear counterclaims provided that it has jurisdiction over them. Article 21(3) reads as follows:

> in his statement of defense or a later stage in arbitral proceedings if the arbitral tribunal decides that the delay was justified under the circumstances, *the respondent may take a counter-claim or rely on a claim for the purpose of a set off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over it*[19] (emphasis added).

One of the most comprehensive considerations of arbitral jurisdiction over counterclaims under UNCITRAL Rules of

17. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais,* ICSID Case No. ARB/81/2.
18. M. A. Clodfelter & D. Tsutieva, "Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", in K. Yannaca-Small (Ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues,* 2nd Ed., Oxford University Press, 2018, p. 420.
19. Arbitration Rules of the United Nations Commission of International Trade Law, Article 21(3) (2010). Available at: <https://bit.ly/2oElbYL>

1976 was *Saluka Investment B.V v. Czech Republic*, and it began by addressing whether it had jurisdiction "in principle" over counterclaims under the Netherlands-Czech Republic BIT. The tribunal held that "the jurisdiction conferred upon article 8 of the BIT particularly when read with articles 19(3), 19(4), 21(3) of the UNICTRAL Rules is in principle wide enough to encompass counterclaims"[20]. The tribunal later addressed the issue of connection and held.

> a legitimate counterclaim must have a close connection with the primary claim to which it is a response [...] a general legal principle as to the nature of the close connection which a counterclaim must have with the primary claim if a tribunal with jurisdiction over the primary claim is to have jurisdiction also over the counterclaim[21].

There are two interesting things to remark from this decision, first some tribunals as the *Saluka* one, are willing the interpret a broad BIT arbitration clause, in favor of counterclaims. Secondly, they interpreted the BIT provision along with the articles of UNCITRAL regarding admissibility of counterclaims. Thus, it can be said that the arbitration rules do play an important factor when assessing the admissibility of counterclaims.

---

20. *Saluka Investment B.V v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decisions on Jurisdiction over the Czech Republic´s counterclaim, 05/07/2004.
21. Ibídem.
The tribunal denied jurisdiction by applying a strict test of the connection with the original claim requirement. "Other commentators have also criticized the connection required in Klöckner and Saluka as being too demanding, suggesting that a close factual nexus should be enough or that the fact that the counterclaim arises from the same 'investment' as the claim suffices.
We join in these criticisms. The "connection" that is required should be deducted from the ICSID Convention/UNCITRAL Rules and the applicable BIT (such as "subject-matter" or "investment"), nothing suggests that a stricter test than that for jurisdiction or admissibility should be devised (like the Saluka tribunal did). See, P. LALIVE & L. HALONEN, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Czech Yearbook of International Law,* 2011, p. 153.

2.1.4 Consent

Consent is the basis of the jurisdiction of the arbitral tribunal and it plays a pivotal role in Investor-State treaty arbitration. Regarding counterclaims there is a general understanding that for them to be admitted they must fall within the jurisdictional scope of the tribunal and for that, party consent is determinative. The first source that tribunal analyzes to address its competence is the IITs or IIAs. "The vast majority of the case law of investment tribunals agrees that the counterclaims must fall within the consent of the parties as expressed in the arbitration agreement based on the relevant IIA"[22]. There is a logical reason behind this rationale and is that tribunal wants to secure the enforcement of the award and for that purpose, they are extremely careful to not exceed its jurisdiction.

Nevertheless, there does exist a minority that supports the theory that if the parties agreed to a certain set of procedural rules that foresee the possibility of bringing counterclaims, they are expressly agreeing to them as well. Professor Reisman in *Spyridon Roussalis v. Romania*, expressed in his dissenting opinion his disagreement with the interpretation that counterclaims must fall within the scope of the parties consent based on an IIA, stating that when the parties to a IIT contingently consent inter alia to ICSID jurisdiction, the consent competent of article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into the ICSID arbitration which an investor elects to pursue[23].

Professor Reisma´s dissenting opinion has since then often been quoted in academic literature and even in arbitral awards, in its relevant part he stated:

22. M. A. Clodfelter & D. Tsutieva, N. 18, p. 420.
23. D. Atanasova, C. A. Martínez & J. Ostransky, N. 5, p. 13.

> When the *States parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso fact imported to any ICSID Arbitration* which an investor then elects to pursue. It is important bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State party; article 46 works to the benefit of both respondent State and investor. *In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims a neural tribunal -which was, in fact, selected by the claimant- perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor had sought a forum outside the State apparatus is now constrained to become the defendant*[24] (emphasis added).

The tribunal in *Antonio Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*[25] followed professor Reisman´s dissenting opinion approach asserting jurisdiction over the respondent State's counterclaim on the basis of article 46. In that case the State counterclaimed for damages for failure of the investor to comply with the conditions of an operating license. The Goetz tribunal composed by International Court of Justice (onwards, ICJ) former president Gilbert Guillaume, observed that the article 46 of ICSID Convention is directly inspired by article 80 of the Rules of Procedure of the ICJ which provides "a counterclaim may be presented provided that it is directly connected with the subject matter if the claim of the other party and that it comes within the jurisdiction of the Court"[26]. In this sense, the only requirements that would need to be satisfied for it to hear the counterclaim are two: **(i)** that it falls within ICSID's jurisdiction and then is notably covered by parties' consent (that falls within the subjects described to be arbitrable in the dispute resolution clause of the BIT); and, **(ii)** that it is directly related to the object of litigation[27].

24. *Spyridon Roussalis v. Romania*, N. 11.
25. *Antonio Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21 June 2012.
26. M. A. Clodfelter & D. Tsutieva, N. 18, p. 422.
27. Ibídem.

It must be highlighted that the rationale of the tribunal was that Burundi and Belgium by entering their BIT were offering to arbitrate disputes under ICSID Convention and in accordance with the procedure set in those rules, including article 46 which contemplates the possibility of counterclaims. In this sense the investor claimant by refereeing the dispute to arbitration in turn accepted the terms of the offer made in the BIT. Therefore, it is not important that the BIT itself did not contain any provision giving the tribunal jurisdiction to hear counterclaims[28]. In words of professor BRAVIN and KAPLAN stated that article 46 provides for the arbitration of closely related counterclaims "[…] except as parties otherwise agree. Absent such a contrary agreement, the presumption is that counterclaims will be arbitrable. That is why article 46 uses mandatory language"[29].

Furthermore, the tribunal in *Oxus Gold v. Uzbekistan*[30], which was conducted under the UNCITRAL 2010 rules, "recognized a possible exception of counter-claims having a close connection with the investor's claims" leaving the window open to prospect of counterclaims jurisdiction based upon the connection between claims and counterclaims, despite the narrow scope of the BIT's ISDS clause[31].

It is necessary to highlight that although some tribunals have been more open to consider consent in counterclaims in

28. Ídem, p. 423.
29. M. N. BRAVIN & A. B. KAPLAN, "Arbitrating Closely Related Counterclaims at ICSID in the Wake of Spyridon Roussalis v. Rumania", *TDM,* 4, 2012.
30. *Oxus Gold v. Uzbekistan*, UNCITRAL, Final award, 12/17/2015.
However, the tribunal did not accept the counterclaim because of the limited scope of the arbitration clause found in the BIT: "What seems particularly worth taking attention of as concerns the tribunal's reasoning is its mention of the counterclaims with a close connection to the investor's claims as 'the possible exception' to the finding of the lack of consent in the BIT (para. 948). The tribunal did not develop this idea further, thus, leaving some uncertainty about it. It seems rather ambiguous that, if the tribunal first finds no jurisdiction over the counterclaims based on the consent requirement, it can nevertheless be competent to hear them, even where they are closely connected to the original claims". See, Y. BUROVA, *Counterclaims in Oxus Gold v. Uzbekistan: Is Investor-State Arbitration Still a One-Way Road*, CIS Arbitration Forum, 08/16/2016. Available at: <https://bit.ly/2Y3SMRL>
31. M. A. CLODFELTER & D. TSUTIEVA, N. 18, p. 425.

the arbitration applicable law or to give a broader interpretation of the dispute resolution clause in the investment treaty, only in four cases have respondent States enjoyed either partial or full success on the merits of their counterclaims. In fact, only in one case an ICSID tribunal has accepted all the Host State's counterclaims on the merits, and that case is Burlington[32].

2.2 Basis for allowing Ecuador's counterclaims in *Burlington v. Ecuador*

In *Burlington v. Ecuador,* there was a compromise that allowed the Host Government to submit the counterclaim. This agreement highlights the importance of party consent. The jurisdiction of the tribunal was not challenged since the parties entered an agreement on May 26, 2011, in which the investor consented to the counterclaim and recognized it as the "appropriate forum for the final resolution of the Counterclaims arising out of the investments made by Burlington Resources and its affiliates in Blocks 7 and 21, so as to ensure maximum judicial economy and consistency"[33]. Also the agreement contained other compromises acquired by the parties, it stated as follows:

> (i) the tribunal's decision would be final and binding (ii) Ecuador (including its emanations, agencies, instrumentalities, subdivisions and controlled corporations) waived its right to file the counterclaims against Burlington, its subsidiaries or any other corporation in the ConocoPhillips Group before 'any jurisdiction whatsoever whether arbitral or judicial, national or international except for this Arbitration'[34].

Moreover, the tribunal emphasized in the award, that the parties were in compliance of article 46 of ICSID Convention. The article establishes two conditions for a counterclaim to be admitted: **(i)** it must arise directly out of the subject-matter of

32. Ibídem.
33. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case ARB 08/5, Award on the Counterclaims, 02/07/2017, p. 38.
34. Ibídem.

the dispute provided and **(ii)** they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre. These conditions were met in the case since : **(i)** the counterclaims arise directly out of the subject-matter of the dispute, namely Burlington's investment in blocks 7 and 21; **(ii)** they are within the scope of the Parties' consent to ICSID arbitration which is manifested in the agreement just referred to; and **(iii)** they also fall within the jurisdiction of the Centre as circumscribed by article 25 of the ICSID convention legal dispute arising out of an investment, and nationality requirement[35].

It is important to remark that from the rationale of the tribunal, it can be interpreted that they imply that the parties by consenting in the treaty to submit the disputes under the ICSID Convention proceeding rules, they were incorporating its provisions regarding counterclaims to the treaty and thus, consenting to them. In other words, the tribunal adopted the view of professor Reisman in *Spyridon Roussalis v. Romania*[36] dissent, as well as of the *Antonio Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*[37] tribunal since both coincide in that "the investor's consent to ICSID was sufficient to imply a consent to counterclaims; there was not need to locate additional or affirmative consent in the underlying BIT"[38].

Also it is worthy to highlight that the former United States-Ecuador Bilateral Investment Treaty (unilaterally denounced

35. International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention (1966), Article 25.
36. The majority's conclusion in *Spyridon Roussalis v. Romania* was that claimant's mere filing at ICSID was insufficient and of itself to create consent to counterclaims, and that the scope of consent of the parties referred in art. 46 must be determined by reference to instruments external to the Convention, such as the dispute resolution clause contained in the BIT. See, *Spyridon Roussalis v. Romania*, N. 11.
37. The tribunal reasoned that by concluding the BIT, Burundi accepted that disputes could be submitted to ICSID arbitration according to the conditions and procedures in the Convention, including that counterclaims would be evaluated under the conditions in Article 46; by accepting the offer, *Goetz* in turn consented; therefore, jurisdiction exists regardless of whether the BIT contains any provision affirmatively providing jurisdiction over counterclaims. See, *Antonio Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*. N. 25.
38. J. E. Kalicki "Counterclaims by States in Investment Arbitration", *Investment Treaty News*, 01/14/2013. Available at: <https://bit.ly/2GiiHuW>

by the Ecuadorean government on 2018), provided a provision, that excluded some types of counterclaims. The BIT on article VI paragraph 7 stated:

> In any proceeding involving an investment dispute, a Party shall not assert, as a defense, counterclaim, right of set-off or otherwise, that the national or company concerned has received or will receive, pursuant to an insurance or guarantee contract, indemnification or other compensation for all or part of its alleged damages[39].

These express exclusions, as discussed *ut supra*, can be the basis to implicitly admit counterclaims that do not fall in the prohibited categories. It is arguable that this express exclusion of some counterclaims acknowledges in principle that the State has a right to bring other counterclaims, however such provision may not be capable of overcoming a narrowly worded offer to arbitrate[40]. Although the tribunal in *Burlington v. Ecuador* did not rely on this point to recognize its jurisdiction on the counterclaim, it only supported its jurisdiction on the matter under the rationale that parties had complied with the requirements of articles 25 and 46 of the ICSID Convention, we may argue that this might have been an underlying reason to admit the counterclaim.

Finally, it must be said that another *sui generis* aspect that distinguishes the case at analysis from the other cases we have discussed, is that there was no objection to the counterclaim by Burlington. And this is due, to another uncommon detail: the parties had agreed not to raise any jurisdictional objection to Ecuador's counterclaims.

> The parties to arbitration reached an agreement that they both would commit to the jurisdiction of the tribunal over counterclaims, with the exclusion of jurisdiction of any other

39. United States-Ecuador Bilateral Investment Treaty, entered into force on 11 May 1997, and unilaterally denounced by the Ecuadorean Government on 05/18/2018. Available at: <https://bit.ly/2h3szvv>
40. M. A. Clodfelter & D. Tsutieva, N. 18, p. 437.

arbitration tribunals or national/international courts so as to ensure maximum judicial economy and consistency[41].

The cases analyzed *(Antonio Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuegoa v. The Argentine Republic*[42] *and Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador)* have shifted the trend and contributed to rebalancing the one-sided field of investment arbitration towards the State, by allowing a broader interpretation of article 46 of ICSID both as a valid legal basis to bring counterclaims under IIAs and by recognizing –either implicitly or expressly– the wrongness of understanding BITs or IIAs as only protecting investments trough rights exclusively granted to investors.

3. The Burlington v. Ecuador Case

3.1 Historical background

Burlington Resources Inc. –the claimant– a corporation created under the law of the State of Delaware, United States in 1988, and recognized for its active exploitation of natural resources, started investing in several oil production facilities in Ecuador[43]. Burlington operated these investments along with its partner Perenco Ecuador Ltd. The claimant was assigned production sharing contracts (onwards, PSCs), in which it was allowed to invest and exploit blocks 7 and 21. According to the

41. E. Burova, *Jurisdiction of Investment Tribunals Over Host States' counterclaims: Wind of change?*, Kluwer Arbitration Blog, 6 March 2017. Available at: <https://bit.ly/32EQ7NU>
42. *In Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuegoa v. The Argentine Republic,* the tribunal dismissed the claimant's objection to the counterclaim that it had no connection with the original claims as required under article 46 ICSID, *however tribunal highlighted that the factual link between original and ancillary claims would suffice to establish jurisdiction over counterclaims. See, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuegoa v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/07/26.
43. S. Mustafa & D. L. Alonso, "Case Report Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador- Decision on reconsideration and the Award", *School of International Arbitration Queen Mary University of London International Arbitration Case Law*, 2017, pp. 2-3. Available at: <https://bit.ly/2JyPn5f>

PSCs, the entire cost –as well as the operational risk– were assumed by the investor in exchange of a share in the oil produced. Also, the PSCs clearly defined the tax regime applicable to Burlington and imposed the obligation to bear any future tax increase on the state-owned oil company Petroecuador by including a correction factor in the production sharing formula[44].

3.2 Ecuador's change in Production Sharing Contracts

In 2006, following a considerable increase in oil price, Ecuador adopted Law 42. This law established that a 50% tax was imposed to "extraordinary profits" or "windfall profits" made by oil companies. The "extraordinary" or "windfall" profits were defined as those profits resulting from an "unforeseen" rise of oil prices in excess of the price level at the time of the conclusion of the PSCs. The following year, Ecuador increased the tax rate on windfall profits from 50% to 99%. Burlington continued paying the taxes from years 2006 to 2008 but made a request for "absorption" by Petroecuador of the additional taxes. Both, Ecuador and Petroecuador ignored the request and the attempts to renegotiate the terms of the PSCs failed. Consequently, Burlington stoped paying the taxes in 2009[45]. In an attempt to enforce its tax payments, Ecuador seized and auctioned off Burlington's shares of oil production. Following this incident, Burlington threatened to stop production of oil and as a reaction Ecuador took possession of the production facilities and annulled the PSCs with Burlington by Ministerial Decree.

Burlington initiated arbitration claiming expropriation and in December 2012 the decision on Liability, the tribunal found that Ecuador unlawfully expropriated Burlington's investments. In its decision on Reconsideration and Award,

44. Ibídem.
45. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador,* N. 33.

the tribunal quantified the damages owed to Burlington in USD 380 million. In 2011, while Burlington proceedings were initiated, Ecuador raised counterclaims for harm to the environment and certain related infrastructure[46].

4. Environmental counterclaims

The counterclaims addressed two issues: **(i)** one regarding the environmental damages; and the other one, **(ii)** infrastructure damages. In a nutshell, Ecuador alleged that when the consortium abandoned the blocks 7 and 21, they left behind an environmental catastrophe for which they should be held liable. In concrete, Ecuador argued that Burlington was liable under domestic law for soil remediation, groundwater remediation and the abandonment of wells causing mud pits. On the other hand, under the infrastructure counterclaim Ecuador contended that Burlington failed to maintain investment related infrastructure prior to the expropriation.

In this analysis we will focus specifically on the environmental counterclaims raised by Ecuador **[4.1]**; the factual and legal framework considered by the tribunal **[4.2]**; the analysis on strict liability **[4.3]**; remediation under domestic law and the rationale of the tribunal by getting to the decision **[4.4]**[47]**.**

4.1 The 2008 Constitution: a protectionist regime towards the environment

The 2008 Constitution recognizes nature (or Pachamama) as a legal entity, granting it full protection[48], and it declared

46. M. Levine, *Ecuador awarded USD 41 million in counterclaims against U.S. oil and gas company Burlington Resources*, Investment Treaty News, 09/26/2019, <https://bit.ly/32xJ4Xk> (07/16/2019).
47. Ibídem.
48. Constitution of the Republic of Ecuador, Article 71, RO No. 449, 10/20/2008.

environmental protection as well as the restoration of degraded natural spaces as a matter of "public interest"[49]. Regarding liability, it imposes on oil operators a strict liability regime, under which they are liable on the mere showing of environmental harm under the areas in which they operate. Article 396 establishes: *"Responsibility for environmental damage is objective. All damage to the environment, in addition to the respective penalties, shall also entail the obligation to integrally restoring the ecosystems and compensating the affected persons and communities"*[50] (emphasis added).

Under strict liability[51], the Constitution establishes that: **(i)** the burden of proof of the non-existence of harm falls on the operator; **(ii)** the operator is only responsible for the harm caused by him; and, **(iii)** there is no statute of limitations on environmental damages actions. Thus, the State has no obligation to prove either that the operator was at fault nor that there exists causation between a breach of their duty of care and the environmental harm. Ecuador alleged that the Constitution applied to all the environmental harms discovered after 2008, regardless of when they were actually committed.

Ecuador alternatively alleged that the protection of the nature was a matter of public order as established in the Constitution, and that according to the Supreme Court of Ecuador in the case *A. Baquerizo G.C. Ltda v. Shulton Inc*[52] rules that regulate public order matters can be applied retroactively. This argument was made to justify the application of the 2008 Constitution retroactively. Ecuador stated that even if this argument is not taken in consideration, the 1998 Constitution also provides for strict or objective liability regimen for

49. Ídem, Art. 14.
50. Ídem, Art. 396.
51. Ídem, Art.397, RO No. 449, 10/20/2008.
52. Supreme Court of Justice, *Baquerizo G. C. Ltda. v. Shulton Inc.*, Third Civil and Mercantile Chamber, Judicial Gazette 12, 09/25/2003.

environmental issues, with the only difference in the burden of proof and statute of limitation. Supporting this idea, the case law from the Supreme Court in *Delfina Torres v. Petroecuador*[53] *and Aguinda v. Chevron*[54] in 2002, according to Ecuador's defense establishes an exception for extractive industries operators: once the environmental harm is proven, the only way for the operator to scape liability is either by proving force majeure or third party fault.

According to Arturo Valencia Zea, a Colombian scholar quoted by the Supreme Court of Justice in the case *Delfina Torres v. Petroecuador,* which then identified the elements of strict liability showing that it is for the alleged tort-feasor to prove that he or she did not cause the harm:

> Hence, the need arises to promulgate a new type of liability for this type of harm, eliminating the criteria of fault through strict liability or the establishment of an absolute presumption of such. The owner of an exploitation or industry should respond directly for harm caused by the referenced industry or exploitation, and he may only exempt himself from liability if he shows that the harm did not arise from the exploitation, and arose instead from a foreign act (force majeure, fault of a third party or the fault of the victim itself)[55].

Accordingly, the following elements are characteristic of the strict liability regime for environmental harm under Ecuadorian law as established in *Delfina Torres v. Petroecuador*[56] case:

(i) the plaintiff must prove harm connected to the defendant's activities;

(ii) fault is not required; and

53. Supreme Court of Justice, *Comité Pro Mejoras Barrio Delfina Torres vda. de Concha v. Petroecuador, Petrocomercial and their affiliates ("Delfina Torres v. Petroecuador"),* Case No. 229-03, 10/29/2002, RO No. 43, 03/19/2003, p. 21. Available at: <https://bit.ly/2YVf3yl>
54. National Court of Justice, *María Aguinda Salazar et al. v. Chevron Corporation ("Aguinda v. Chevron"),* Civil and Mercantile Chamber, 11/12/2013.
55. Free translation. Supreme Court of Justice, *Delfina Torres v. Petroecuador*, N. 51.
56. Ibídem.

(iii) causation is presumed, the defendant being exonerated if he or she proves that the harm was caused by force majeure, the victim or a third party.

Thus, if the tribunal did not recognize the 2008 Constitution standard of liability, the one to be applied was the 1998 Constitution[57] according to the interpretation of the Supreme Court in the *Delfina Torres v. Petroecuador* case, in which case Burlington would have to prove in order to scape liability, that the harm was caused by force majeure or a third party.

Regarding the issue of statutes of limitation, Ecuador argued that claims for strict liability are subject to the limitation set forth in article 396(4) of the 2008 Constitution, meaning that they are imprescriptible. However, it alleged alternatively, that even if article 2235 of the Civil Code[58] were to apply, the period would start to run once the harm is discovered, which is after the consortium abandoned the blocks in July 2009. Ecuador adds that its argument is reinforced by Burlington's concealment policy and lack of reporting and that by acquiring its interest in the blocks, Burlington contractually took over the environmental liabilities of prior operators.

4.2 Legal framework to resolve environmental counterclaims

The first issue that the tribunal addressed was to determine what was the applicable law to the environmental claims. To the procedural aspect of the arbitration, the ICSID

---

57. Free translation. "The State, its delegates, and concessionaries, shall be responsible for the environmental damages in the terms of article 20". Political Constitution of the Republic of Ecuador, Article 91, RO No. 1, 08/11/1998.
Free translation. "The State institutions, its delegates and concessionaries, shall be obliged to indemnify the particulars for the perjuries suffered as consequences of their deficient public services or the actions of their employees made during their functions. The institutions will have a right to repetition and to make effective the responsibility of their functionaries and employments for judicially declared gross negligence and deceit […]". Political Constitution of the Republic of Ecuador, Article 20. RO No. 1, 08/11/1998.
58. Civil Code, Art. 2235, RO Sup No. 46 06/24/2005
Free translation. "Art. 2235.- The actions that grant this title due to damage or fraud prescribe in four years, counted from the commission of the act".

Convention Rules were undisputedly the applicable ones. On the other hand, the applicable law to the substance of the matter, according to the tribunal was the Ecuadorean law. However, Ecuador's position was that the law to be applied was not Ecuadorian contract law, but Ecuadorean tort law. Nevertheless, Ecuador relied on the PSCs provisions to argue the strict liability applicability.

The tribunal according to article 42 of the ICSID Convention, shall decide the dispute **(i)** "in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties"; absent which **(ii)** "the tribunal shall apply the law of the [Host State] […] and such rules of international law as may be applicable"[59]. Here, Ecuador brought a tort action, and neither party argued that the choice of (Ecuadorian) law in the PSCs encompasses torts. The PSCs choice of law did not contain any reference to tort law. However, the tribunal decided to apply Ecuadorian tort law, not as the law chosen by the parties under the first leg of article 42(1) of the ICSID Convention, but as the law of the Host State under the second leg of that provision.

The relevance of this distinction is that, under the second leg, international law also "may be applicable". The tribunal decided to sustain its decision under this section since it gave it the discretion and freedom to apply either municipal law or international law depending on the type of issue resolved. In the case that there is any particular matter that may call for application of international law, the tribunal can decide on its applicability. Thus, the tribunal decided to apply Ecuadorian law to the environmental counterclaims, reserving itself discretion to apply international law to any applicable matter.

59. International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention (1966), Article 42.

4.3 Liability in environmental counterclaims

The tribunal decided that the Ecuadorean Constitution and its strict liability regime did not apply retroactively to the present case. The tribunal held that the applicable regime was the one foreseen in the Constitution of 1998, which established a fault-based regime under which the defendant could scape liability by demonstrating their due diligence in trying to avoid harm. However, as seen above, case-law of the Superior Court had established an exception to this liability regime to certain areas including oil field operations. "At least since 2002, the tribunal held, Burlington could only scape liability for proven environmental harm by pleading force majeure or showing that a third party had caused the harm"[60]. In other words, this exception applicable to the oil exploitation provided for a strict liability regime.

Under the former strict liability regime, the plaintiff must prove harm connected to the defendant's activities, the existence of fault is not required and causation between the harm and the defendant's activity is presumed. Therefore, once Ecuador had proven that the harm reasonable related to Burlington's risky activities, Burlington could only scape liability either by proving that the harm was caused by force majeure or by a third party.

Regarding the issue of time bar to interpose the claim, the principle of statute of limitations or non-applicability of the 2008 Constitution did not applied retroactively. However, the tribunal determined that a four-year time bar in domestic law did apply to claims under the pre-2008 law, and thus to the present case, but the time must be counted since the date of the discovery of the damage rather than from the date the damage occurred. Consequently, the counterclaims were not time barred.

---

60. J. Hepburn, *Analysis: successful counterclaim in Burlington v. Ecuador breaks new ground,* International Arbitration Reporter, 02/13/2017, p. 3.

4.3.1 Meaning of environmental harm

After determining the general issues, the tribunal addressed the issue of the meaning of environmental harm. While Burlington alleged that environmental harm must be understood in reference with the "permissible limits" set out in applicable regulation, Ecuador alleged that it must be defined by "background values" or the environmental conditions as they were before the human interference. Moreover, if the scenario of permissible limits was to be adopted it had to define whether the relevant limits are those applicable to industrial or agricultural land use (as argued by Burlington) or to sensitive ecosystems (as argued by Ecuador in the alternative).

The tribunal emphasized the significant monetary value that the distinctions hold. While Ecuador was claiming $2.5 billion in remediation costs to restore the oilfield background values, it was only claiming an alternative $790 million to restore permissible limits for lands classified as sensitive ecosystems' under domestic law[61].

On its analysis the tribunal recognized that the 2008 Constitution mandates the parties that caused the contamination to fully restore the damages, and to take the environment to its initial state. In this sense, the tribunal recognized that the Constitution mandates full restoration but does not define what is environmental harm. Thus, the tribunal sustained that there was no support for Ecuador's argument that the notion of full reparation or full restoration under the 2008 Constitution mandates a return to pre-human conditions or, as Ecuador puts it, the return to a state of the environment "prior to any form of contamination". In the end, Ecuador's reliance on the notion of full restoration sheds no light on the notion of environmental harm. The question remained

61. C. M. Woow & G. Castelan, *Environmental and Human Rights Considerations for International Energy Companies,* p. 3. Available at: <https://bit.ly/2NXHP0l>

whether relying on permissible limits to define environmental harm would be contrary to the 2008 Constitution as Ecuador contends[62].

Ecuador adopted a definition of environmental harm in the Environmental Management Law (Ley de Gestión Ambiental or LGA, by its Spanish initials) in 1999: "any significant loss, decrease, detriment or impairment to the preexisting conditions in the environment or one of its components. It affects the functioning of the ecosystem or the renewability of its resources"[63] (free translation). This LGA, was followed shortly by revisions to the permissible limits in Environmental Regulation for Hydrocarbons Operations of Ecuador (RAOHE) in 2001 and by the adoption of limits in United Text of Secondary Environmental Legislation (TULAS) in 2003. The tribunal noted that the LGA not only provided a definition of environmental harm, it also refers to permissible limits. Article 1 states that the LGA establishes principles and guidelines of environmental policy, determines obligations and responsibilities, and "indicates the permissible limits, controls and sanctions in this matter". Moreover, article 33 stipulates that "environmental quality parameters" shall be established as "instruments for the application of environmental norms", which shall be "governed by the respective regulation". This provision tends to support the proposition that RAOHE and TULAS refine and implement the general provisions of the LGA[64].

Consequently, the tribunal resorted to RAOHE and TULAS, to define harm under the LGA. Hence, the limits set out in these regulations established when impacts become significant, and thereby become harm, thus allowing the inference that these limits determine when the functioning of

62. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador,* N. 33, pp. 52-54.
63. Ley de Gestión Ambiental, Definition glossary, RO Sup No. 418, 09/10/2004.
64. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador,* N. 33, p. 279.

the ecosystem or the renewability of its resources are affected. In other words, any exceedance of applicable limits triggers extra contractual civil liability and the ensuing obligation of full restoration back to these limits, independently from parallel administrative liability and possible sanctions[65].

After examining the local laws, the tribunal concluded that regulatory limits rather than background values should apply to determine if there was an environmental harm. The tribunal decided that environmental harm is defined by reference to regulatory criteria. In other words, an oilfield operator could not be considered to have caused environmental harm if permissible limits were observed, since precisely these permissible limits allow determining when a negative impact crosses the threshold of harm[66]. The tribunal relied on the regulations regarding the permissible limits provided in TULAS, since the ones provided in RAHOE weren't clear. Article 4(1)(3)(3) of TULAS provided the formula on how to calculate excess of permissible limits:

> The Environmental Control Entity shall adopt the following evaluation criteria: The regulated entity *must establish the background or reference value of the parameter of interest present in the soil*[67]*. The regulated entity shall determine the present or current concentration of the parameter under study in the affected area. It shall then proceed to compare the obtained results for the concentration present in the soil against the background values. In general, it is considered that a present concentration greater than three times the background value for the soil denotes contamination that requires immediate*

65. Ídem, p. 392.
66. C. M. Wood & G. Castelan, N. 61, p. 3.
67. The regulation provided that in order to determine the reference value, they must collect from 5 to 20 samples in the areas immediately outside of the area of study, with no local contamination. The mean value of this samples will be the one considered as the background value. Then the comparison should be done between that background value, and the value of the samples gathered in the contaminated areas. If the result is three times greater, it will be considered as an excess of the permissible limits and therefore as environmental harm.

attention on the part of the Environmental Control Entity[68] (emphasis added).

Consequently, for the tribunal to determine the level of impermissible environmental harm in the light of the regulatory criteria, they needed to conduct a comprehensive examination of harm and cost remediation of 40 sites distributed along the two blocks explored by Burlington. For this purpose, the tribunal did a site visit, in which it found environmental harm and a need for remediation at all sites.

4.4 Reparation of damages in environmental claims

In order to determine the remediation costs and the compensation costs, the tribunal visited the sites to recover and review all the evidence regarding the existence of environmental degradation. One part of their tasks was the determination of each area as an "industrial", "agricultural" or "sensitive ecosystem" since each classification has a different applicable standard[69]. It is notable that whenever there was a doubt on the classification of the sites, the tribunal "adopted the most protective standard in conformity with the principles of precaution *'in dubio pro natura'* contained in the Ecuadorean Constitution[70].

The tribunal found environmental harm and need for remediation at all sites. The tribunal held that the following

68. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, N. 32, pp. 139-140.
69. Consequently, the tribunal developed the following guidelines to assess land use at any given site:
    i. Platforms in operation on or after the date of expropriation have been classified as industrial, as explained above.
    ii. Formally designated protected forests are classified as sensitive ecosystems (except for platforms), regardless of other current uses.
    iii. Where platforms are completely surrounded by primary or secondary forest, the tribunal classified the forested areas as sensitive ecosystem.
    iv. Where areas surrounding the platform are largely cleared, the tribunal classified the land use of those areas as agricultural.
    v. Where multiple land uses may apply to a single site the tribunal looked more specifically at the sampling locations to determine the land use in that specific area.
70. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador,* N. 33.

remediation technologies appear the most appropriate in those circumstances: *ex situ*-controlled confinement of soils contaminated with heavy metals; ex situ bioremediation of soils contaminated with crude; and ex situ soil washing for soils contaminated both with crude and heavy metals[71]. For most sites, the valuation was placed at less than USD 1 million. However, there were three cases, one of soil contamination, one of mud pit and one of water contamination in which it was awarded costs exceeding USD $ 5 million per site[72].

This without doubt, is a favorable precedent to the protection of the environment as well as the public interest matters of the States. However, the tribunal did not discuss other reparation methods, such as punitive damages, disregarding that the Ecuadorean Constitution foresees the precautionary principle and the trend should be towards a broader protectionism of the environmental rights. The Investor should have prevented contamination and environmental damages; they should not be responsible for the amount of their wrongdoings but also should pay for the lack of due care.

In this sense in the case *Costa Rica v. Nicaragua*[73], the first case in which the International Court of Justice recognized environmental damages due to violations of International Environmental Law, Judge Cançado established, in accordance with the precedents of the Inter American Human Rights Court: "one should also keep in mind, besides restitutio in integrum and compensation, distinct forms of reparation, such as satisfaction, rehabilitation, and *guarantee of non-repetition of the wrongful acts"*[74]. In the same line of reasoning, Judge Bhandari's

71. Ídem, pp. 196-197.
72. M. Levine, N. 46, p. 2.
73. International Court of Justice, *Costa Rica v. Nicaragua,* 04/17/2013.
74. M. Da Silva, *"Compensation Awards In International Environmental Law: Two Recent Developments",* New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 50, No. 4, 2018, p.1426.

separate opinion discusses the role of the precautionary principle in international environmental law and the possibility of -awarding punitive damages as a measure of deterrence of future harm. He states that "[t]he growing awareness of the need to protect the natural environment is also shown by the crystallization of the precautionary approach into a customary rule of international law"[75].

It must be recognized the Tribunal made a good job by applying the domestic law and enforcing the protectionist environmental provisions of the Ecuadorean Constitution and domestic regulations, however since they had the discretionary power to include even international law in deciding the substantive issues according to the article 42(2) of the ICSID Convention, they could perfectly had incorporated international law principles such as the precautionary, that it is also recognized in the Ecuadorian Constitution, to elevate the standard from a "de minimis" to a broader international protection level. This precautionary principle goes in hand with the customary international law obligation to conduct an environmental assessment in regard of any large scale project. This environmental impact assessment may be expected to identify potential harm that an investor must avoid or mitigate to the extent that he has "caused", "contributed" or been "directly linked" to such adverse impacts[76]. Since this are the first decisions, we must hope that this baby steps, gain more force in the following decisions awarding not only compensatory damages but also punitive damages for the lack of due care, wrongdoings or omissions of the Investors.

75. Ídem, p. 1426.
76. J. Amado, J. Shaw & M. Doe Rodríguez, *Arbitrating the Conduct of International Investors,* Cambridge University Press, 2018, p. 140.

5. Ecuadorian Bit Models: A broader protection for the environment

One of the last acts of the former government on 16 May, 2017 was the denunciation of several investment treaties with countries such as: Argentina, Bolivia, Canada, Chile, China, United States, Spain, Italy, Netherlands, Perú y Switzerland, after the Constitutional Court declared their unconstitutionality in independent decisions. A Commission named CAITISA, is in charge of drafting the New Model of Investment Treaty that Ecuador will negotiate, there has not been any official result, however a preliminary draft was circulated.

This draft contained interesting chances, for instance the ones that concern us are the following: first, it expressly recognizes obligations to the investors, such as "compliance with all domestic law applicable as well as a duty to respect human rights and environmental rights recognized internationally as well as in the domestic legislation of the Host State in each of the supply chain and investment processes. The violation of human or environmental rights will gran the Host State the right to request the proportional integral reparation according to international law and domestic law"[77]. Second, it establishes the right of the State to commence any arbitral proceeding, it does not name anything regarding counterclaims, but the logic should be that if it has the right to sue of it must have the right to counterclaim. Finally, it does not contemplate indirect expropriation and it contemplates a formula to calculate compensation in case of direct expropriation.

77. Ecuadorean New Model Investment Treaty, Article 20. Still on drafting and negotiation phase.

6. Conclusion

We have observed a positive shift in the Investment State arbitration tribunals in the last decade, in which it looks like some of them, have recognized the asymmetry and imbalance in Investor State Dispute Resolution. While tribunals in the past century were reluctant to admit counterclaims if there was no express provision in the BIT, recent tribunals such as the *Goetz v. Burundi, Urbaser v. Argentina, and Burlington v. Ecuador*, have been willing either to interpret some arbitration clauses more broadly or to recognize consent in the acceptance of a particular arbitration set of rules that contemplates the possibility of counterclaim.

These analyzed precedents in which tribunals have recognized jurisdiction to hear counterclaims even tough not expressly contemplated in the IAAs or IITs, as well as respected and upheld domestic law as well as national Constitutions to protect the Host State environmental and even human rights, reflects a positive change in ISDS. For Investment arbitration to survive, new IIAs and IITs, must follow the trend and follow the example of USMCA, COMESA and Ecuador, in order to rebalance the playing field by recognizing the right for Host States to sue, counterclaim, impose obligations of due care and environmental and human right responsibilities to Investors under the framework and protection of the Investment Treaties. New winds are blowing, hopefully they will keep in flowing in the right track.

El arbitraje en derecho público ecuatoriano

*Antonio José Pérez**

Recibido/Received: 27/06/2019
Aceptado/Accepted: 27/08/2019

Resumen: El Ecuador no logra un consenso respecto a las reglas del arbitraje en materia de derecho público, que es el único que rige en la administración pública y sus contratos. Las profundas diferencias frente al derecho privado que no son comprendidas adecuadamente ocasionan sesgos y desconfianza. Es urgente regular apropiadamente el arbitraje con el sector público, específicamente alineando los parámetros de la Ley de Arbitraje y Mediación con la Constitución de la República de 2008, el Código Orgánico Administrativo, y las normas que han venido regulando la materia. Esto, para confirmar que el arbitraje es una alternativa idónea para fomentar la inversión. Recordemos, además, que un importante porcentaje de inversión en el país está ligado a los proyectos del Estado.

---

* Abogado especialista en derecho público y arbitraje en Bustamante & Bustamante. Autor de varias obras jurídicas. Correo electrónico: ajperez@bustamante.com.ec

A. J. Pérez, "El arbitraje en derecho público ecuatoriano", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019, pp. 269-288.



ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649 / rea1010



Palabras Clave: contrato público, principio de legalidad, actos administrativos, arbitrabilidad.

Arbitration in public ecuadorean law

Abstract: Ecuador has not reached a consensus regarding the rules of arbitration in matters of public law, which is the only one that governs public administration and its contracts. Deep differences with private law that are not properly understood cause biases and mistrust. It is urgent to properly regulate arbitration with the public sector, specifically aligning the parameters of the Arbitration and Mediation Law with the Constitution of 2008, the Organic Administrative Code and the rules that have been regulating the matter, in order to confirm that arbitration is an ideal alternative to promote investment. We must consider that a considerable amount of investment in the country, are linked to Government's projects.

Keywords: public contract, principle of legality, administrative acts, arbitrability.

1. Antecedente del Derecho Público Latinoamericano y la relevancia del principio de legalidad

El derecho público en la región latinoamericana proviene del denominado Derecho Continental Europeo, que incluye particularmente el derecho público (derecho administrativo[1]). Es imperativo comprender su contexto y su antecedente histórico para asimilar su rigidez y particular lógica, con cuyos elementos debe explorarse y aclararse, las salidas que propicien el arbitraje en el derecho público, respetando sus principios.

El derecho administrativo inicia referencialmente por los años 1799 con la Revolución Francesa, donde se configura el

1. El derecho público es el género y el derecho administrativo la especie.

renacimiento de la estructura de poder, con la que se inicia el fin de las sociedades monárquicas y paulatinamente aparecen los primeros cimientos de los Estados modernos. Este cambio sustancial se da por la violenta reacción social contra la tiranía, la arbitrariedad y el abuso del poder de los reyes de la época.

Bajo teorías alimentadas por filósofos de la ilustración, la meta de la Revolución era conceptualmente trasladar la soberanía y el poder de la monarquía, hacia el pueblo. Este último, representado por la norma jurídica como la auténtica representante[2]. Después de siglos de evolución, el Código Civil[3] alinea este hecho histórico con la definición respecto a la "Ley": *una declaración de la voluntad soberana*.

Pues bien, nuestro derecho público proviene de este antecedente histórico francés, influenciado en todo Europa y recogido en nuestro sistema jurídico. En consecuencia, nuestro derecho administrativo, tiene el reflejo del prejuicio contra la arbitrariedad del poder; ante lo cual, procuró crear un cerco normativo a las actuaciones de las autoridades públicas.

La rigidez de nuestro derecho en la región y en Europa, ha ocasionado ciertas trabas en la edad moderna; y como mejor lo explica el argentino Guido Tawil[4] los procesos de liberación del comercio, la globalización e integración económica han dado lugar a nuevos fenómenos, los mismos que reflejan un problema en la visión localista del derecho administrativo, específicamente, en el propio sistema francés que ha evitado alinearse al derecho comparado, salvo pocos ajustes con el derecho escandinavo, derecho alemán y norteamericano. El jurista argentino, continúa su reflexión apuntando en la necesidad de replantear un derecho administrativo supranacional, por el contexto global.

2. Se inicia con la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789.
3. Código Civil, Art. 1, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
4. G. S. Tawil, *Estudios de Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot S.A., 2015, p. 657.

Volviendo a la tradición del derecho administrativo, lo que ha dado lugar hoy en día a su extrema rigidez, es el principio de legalidad el mismo que afecta la actuación administrativa; y, en consecuencia, a los contratos administrativos, lo que veremos a continuación.

2. Distinción entre los contratos civiles y contratos públicos en el contexto arbitral

El Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA), que entró en vigor en julio de 2018, es aplicable de manera general a todos los contratos administrativos (o públicos) y los define como "[…] el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa"[5].

El principio de legalidad, que caracteriza esta rama, explica que los funcionarios públicos sólo podrán ejercer "[…] las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley […]"[6]. Este principio constitucional, no es más que una forma de traducir el clásico adagio que dice: *"En derecho público sólo se puede hacer lo que está permitido"*, y que inversamente en derecho privado dice que *"se puede hacer todo lo que no está prohibido"*.

El principio legalidad en contratos públicos considera distinciones fundamentales desde la formación previa del contrato en el denominado "proceso precontractual", que comprende desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, pero también la norma prevé aspectos en la ejecución contractual e incluso en el control ex post. En cada una de estas etapas, están disposiciones expresas y que no pueden ser sujetas a la libertad de las partes, aplicables independientemente de lo señalado en el contrato. Se trata de una mecánica compleja y

5. Código Orgánico Administrativo, Art. 125, RO Sup. No. 31, 07/07/2017.
6. Constitución de la República del Ecuador, Art. 226, RO No. 449, 20/10/2008.

estricta, que es incompatible con la romántica idea de libertad y autonomía de la voluntad en el campo civil.

Por lo anotado, el contrato público estará más expuesto a la amenaza del fantasma de la nulidad, si no cumple con las disposiciones legales, independientemente de las nobles intenciones de las dos partes. Ya lo dice el propio Código Civil, "*que habrá objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público ecuatoriano*"[7] (énfasis añadido).

El irrespeto al principio de legalidad, afecta aspectos ulteriores de la actividad administrativa, como lo es la obligatoriedad de "motivación" de los actos administrativos[8]. De ahí la importancia, no sólo para la parte pública sino para la parte privada, el procurar cumplir con las solemnidades, con independencia a la literalidad del contrato.

En los contratos civiles, las partes pueden imponer sus propias reglas en las cláusulas arbitrales –como en el resto de los compromisos–. Ya en el caso de un eventual conflicto entre privados, el papel de un Tribunal Arbitral (o judicial civil) será analizar el espíritu del acuerdo y la voluntad de las partes[9]. Pero cuando una de las partes es un ente público dentro de una controversia, tanto árbitros como jueces (del Contencioso Administrativo), deberán analizar a más del espíritu del acuerdo, las disposiciones legales que regían el contrato, que lo confirma la regla civil que señala que a "[…] todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración […][10]".

Las cláusulas exorbitantes, por ejemplo, son aquellas incorporadas por mandato legal y que raramente están

7. Código Civil, N. 3, Art. 1478.
8. Constitución de la República, N. 6, Art. 76(7)(l).
9. Código Civil, N. 3, Art. 1561: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes".
10. Ídem, Art. 7(18).

contempladas en los contratos civiles. La igualdad se ve aparentemente, transgredida por ellas, pero en materia de derecho público los contratistas privados acceden a esas condiciones contractuales y no cabe alegar su desconocimiento o falta de igualdad, pues la ley se entiende conocida por todos[11].

En este sentido, como lo dice Efraín Pérez[12], un árbitro nacional o internacional, no podría juzgar el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, desde la óptica privada o desde una legislación extraña. Pero lo que sí podría un Tribunal Arbitral, es determinar –como lo hacen los jueces del contencioso administrativo– si la actuación administrativa dentro del contrato no se extralimitó de sus facultades y fueron ajustadas a los requisitos materiales y formales, sin perjuicio del respeto de otros principios *supra* legales.

3. Normas aplicables al Arbitraje en Derecho Público

El enfrentamiento entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad debe abordarse en el contexto de las normas que rigen la administración pública, en tres etapas aplicadas al proceso arbitral: **(i)** Convenio arbitral, **(ii)** Normas adjetivas, **(iii)** Normas sustantivas.

3.1 Convenio arbitral

Para acudir a arbitraje en sector público, a más de la "voluntad"[13] de las partes, como se dijo, deben analizarse íntegramente las disposiciones legales y constitucionales que delimitan su campo. En este caso, se exige el arbitraje en derecho[14] (a excepción de controversias derivadas de contratos de "deuda

11. Ídem, Art. 6.
12. E. Pérez, *La arbitrabilidad del Acto Administrativo,* Estructura y Administración del Estado <http://estade.org/> (25/06/2019).
13. Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 6, RO No. 417, 14/12/2006.
14. Código Orgánico Administrativo, N. 5, Art. 126.

externa"[15]) y que requerirán en el caso de "contratación pública", el informe favorable del Procurador General del Estado. Esto último fue ampliado posteriormente, a los demás contratos estatales, según se interpreta de la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que dice que previa autorización del Procurador General del Estado se podrá validar otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias en contratos celebrados por el Estado[16]. En principio, el Informe previo que el Procurador emite sobre la cláusula arbitral, tiene como fin analizar patologías o errores.

Podría ilustrarse un escenario hipotético en el que una autoridad pública, dentro de un contrato público suscrito con un privado estipule "arbitraje en equidad" –contrario a lo que dice nuestra norma ecuatoriana–. En materia civil, sería perfectamente factible, pero en derecho público no. Esta cláusula estaría viciada con nulidad y difícilmente podrá surtir efectos jurídicos, incluso contra terceros de buena fe.

Entre el universo de aspectos discutibles sobre este punto, también están corrientes internacionales como la figura de la *"extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios"*. En derecho civil, ha tenido sus reservas y algunos países han tolerado este escenario bajo ciertas circunstancias y requisitos. Pero su viabilidad ha estado prevista a lo dispuesto en las normas domésticas. Es el caso de la legislación peruana, en el art. 14 del Decreto Legislativo No. 1071 que en relación al arbitraje contempla:

> Convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté

15. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC.*
16. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Disposición General Quinta, RO Sup. No. 306, 22/10/2010.

relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos[17].

A diferencia de lo que explica la norma peruana, en el Ecuador nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM) no es ambigua y señala claramente que "[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje […][18]". En derecho público, sería aún más difícil aventurarse por una línea interpretativa, sino lo prevé el ordenamiento expresamente.

3.2 Normas Adjetivas

La LAM –que entró en vigencia en el año 2006– dice que le serán supletorias las siguientes normas principalmente: el Código Civil, el ahora Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP) o el Código de Comercio[19]. Sin embargo, no debe perderse de vista que lo dispuesto por la Constitución tendrá prevalencia sobre todas las demás normas. Sin perjuicio de lo anotado, es necesario también el análisis integral del ordenamiento, especialmente sobre las normas dictadas posteriormente a la LAM.

Ya en las normas procesales, el COGEP, complementa la ritualidad subsidiaria del proceso arbitral. En materia de contratos públicos o administrativos, el artículo 300 nos dice que la jurisdicción contencioso administrativo tendrá "[…] por objeto tutelar los derechos y ejercer el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público […][20]".

Existen normas adjetivas claras y expresas en esta materia que dan parámetros para el arbitraje que involucra al sector

17. Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE – Perú, Decreto Legislativo No. 1071: Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 01/09/2008, <https://bit.ly/2Lf6Q2g>.
18. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 13, Art. 5.
19. Ídem, Art. 37.
20. Código Orgánico General de Procesos, Art. 300, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

público, comenzando por las directrices que manda la propia Constitución, el COGEP (en la sección sobre el Contencioso Administrativo) y por supuesto, la misma LAM.

Adicionalmente, algunas cláusulas arbitrales, también prescriben como guía para la práctica de la prueba en los procesos, los lineamientos establecidos en las Reglas sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje *Internacional de la International Bar Association* (IBA)[21], lo cual no existe inconveniente sobre su aplicación, en tanto y en cuanto no se contraponga con otras del ordenamiento jurídico aplicables.

A este punto, podría resultar algo decepcionante en materia de arbitraje, restringir normas procesales a las normas locales, sin embargo, es necesario ser prolijo dada la rigurosidad en materia de derecho público, que potencialmente es más susceptible a la declaratoria de nulidad, por las razones anotadas.

3.3 Normas sustantivas

Los jueces y los árbitros tienen las mismas competencias a la hora de juzgar y así lo ilustra Patricio AYLWIN cuando señala que "[l]os árbitros son jueces porque tienen jurisdicción, esto es facultad de administrar justicia. Son personas escogidas para juzgar un litigio"[22]. En normas sustantivas, el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelantee, COFJ) da las pautas para la administración de justicia[23]. En igual sentido la tercera disposición de la LAM en cuanto al arbitraje en derecho dice que los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina[24].

21. Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, <https://bit.ly/30LNEjb>.
22. P. Aylwin Azócar, *El Juicio Arbitral,* 5ta Ed., Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 150.
23. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 28, RO Sup. No. 544, 09/03/2009.
24. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 13, Art. 3.

El COFJ, en cuanto al papel de los jueces –también aplicable a los árbitros– dice que estos se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. Adiciona como principios y fuentes del derecho a la jurisprudencia, como herramienta para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal y –al igual que la LAM– incluye a la "doctrina", con la función de suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia[25].

Esta inclusión es inusual en el resto de los países latinoamericanos, pues tradicionalmente se ha mantenido a la doctrina, como una herramienta no vinculante limitado para el entendimiento del derecho. Este detalle, aparentemente irrelevante, es sustancial a la hora de administrar justicia (jueces o árbitros), pues legitima a la doctrina como una suerte de fuente supletoria. El problema de ello es que el término "doctrina" es ambiguo y general definido como "el conjunto de ideas u opiniones religiosas filosóficas, políticas, etc., sustentadas por una persona o grupo"[26]. Pero el potencial riesgo deviene que la doctrina es que no puede ser diferenciada entre la "autorizada" de la "no autorizada" y puede contener criterios erróneos, desactualizados, imprecisos o que reflejen simplemente otras realidades basados en otros contextos. En todo caso, la propia Ley la admite y esto incluye el arbitraje en derecho público, pero limitada ante la ausencia o insuficiencia de normas.

Bajo la premisa anterior, podría incluso reconocerse corrientes como la *lex mercatoria*, ante oscuridad o ausencia de la norma e incluso. Este escenario lo reconoce Rafael Oyarte[27] y se refiere a ellas como "lagunas", de las que opina son originadas en los "[…] casos no previstos en el ordenamiento

25. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 23, Art. 28.
26. Real Academia Española, *Diccionario*.
27. R. Oyarte, *Debido Proceso*, 2da Ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 71.

jurídico, sea por olvido o imprevisión del legislador, ora porque el momento de elaborase los preceptos esa hipótesis no era imaginable". Agrega, que

> se producen, propiamente por falta de ley, vacíos que deben ser solucionadas por el juez o por deba resolver el caso concreto, para lo cual se aplican las normas de integración jurídica. Asimismo, también se producen por leyes insuficientes, esto es, las que prevén consecuencias para determinados casos, pero los casos previstos por el legislador no son plenamente coincidentes con los que se presentan en la causa a resolverse[28].

Aparentemente, desde la redacción de las normas procesales en arbitraje –incluido el derecho público– ante una ausencia de normas podría incorporarse figuradas y corrientes doctrinales.

4. Arbitrabilidad y Transigibilidad

Ahora bien, como se señaló, no es secreto las grandes lagunas normativas en los arbitrajes con el Estado ecuatoriano. Si vemos desde la óptica de la supletoriedad, la LAM y el COGEP no dilucidan lo transigible o arbitrable; y, la jurisprudencia menos. En su momento la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pretendió establecer aclaraciones en su sexto artículo, que desarrollaba el concepto de potestad discrecional, que, en vez de aclarar la situación, ahondó confusiones retenidas hasta la actualidad. Pero lo arbitrable y transigible, merece ser aclarado desde el texto normativo y no bajo interpretaciones infundadas, que en los siguientes párrafos intentaremos dar algunas luces.

El hecho es que debemos partir nuestro análisis desde la declaración efectuada por la Constitución de 2008, cuando claramente y sin condición, dice: "Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán

28. Ibídem.

ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"[29].

En Colombia, Susana Montes de Echeverría, citada por Juan Pablo Aguilar diferencia que no es lo mismo la actuación del Estado mientras actúa bajo su función de imperio, de las actuaciones dentro de una relación contractual y en tal virtud considera que las manifestaciones de voluntad de la Administración en un contrato estatal pueden ser analizadas y juzgadas por el juez arbitral. Dentro de estas, cabría la arbitrabilidad o "revisión" de la legalidad los aspectos fundamentales que generalmente son asunto de controversias: multas, resolución de terminación unilateral y anticipada, ejecución de garantías, la liquidación del contrato e interpretaciones del contrato en aspectos técnicos y/o jurídicos[30].

Es claro, que existe ciertos prejuicios sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos e incluso una reciente sentencia de anulación sostuvo que, "[p]or principio de orden público el acto administrativo emitido el 05 de octubre de 2015 no pudo ser impugnado u 'objetado' en sede arbitral, aun cuando las partes hubieran previsto convencionalmente esta posibilidad […]"[31]. En este caso la Corte Provincial, de la lectura de la decisión, sin fundamento sobre esta conclusión, diferencia implícitamente las competencias en "sede arbitral" de las de "sede judicial", cuando en materia de contrato público son equiparables, salvo las excepciones expresamente previstas por la norma. Adicionalmente y más grave, es que los contratos que contienen cláusula arbitral, impiden a las partes accionar la justicia ordinaria, por lo que señalar que en "sede arbitral" no puede ser impugnado un acto administrativo, se crea una paradoja al imposibilitar la impugnación en todas

29. Constitución de la República, N. 6, Art. 173.
30. J. P. Aguilar, "Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1, 2009, p. 27.
31. Corte Provincial de Pichincha, *Causa No. 17100-2018-00006*, Sentencia, 02/08/2018.

las vías, configurando un estado de indefensión, a todas luces inconstitucional.

Los actos administrativos, no son más que el vehículo para la declaración de voluntad de la Administración[32] y estos no provienen de la divinidad. Son producciones en el ejercicio del poder que no sólo pueden ser sometidos a control; sino que deben someterse a control, como lo dice la mentada disposición constitucional citada antes. De lo contrario no se estaría comprendiendo, que el trabajo histórico del derecho administrativo y de la sociedad, justamente fue limitar la tiranía, con lo cual declarar que los actos administrativos no son arbitrables –o peor aún, revisables– es equivalente a afirmar "El Estado soy yo" atribuido al Rey Luis XIV de Francia, que contribuyó al levantamiento y revolución en ese país, siglos atrás.

La sentencia de la Corte Provincial, confirma cierto criterio que interpreta erróneamente la ejecutoriedad y presunción de legitimidad y sobre todo la potestad discrecional de los actos administrativos, con la posibilidad de ser sometidos al control de legalidad por inobservar el ordenamiento jurídico, sea por los jueces o árbitros.

En el campo de la potestad discrecional, que es el punto medular de debate, la misma proviene de una evolución de los denominados *Actos Políticos o de Gobierno* que en alguna época pasada no eran revisables, pero fueron debatidos desde inicios del siglo pasado. Así, en el derecho francés el Consejo de Estado, bajo el control retenido de la legalidad de los actos administrativos, tampoco podía revisar el carácter político o de gobierno. Pero con la evolución del derecho, hoy en día nada escapa de control en ninguna legislación, incluida la ecuatoriana. Lo que sí, la potestad discrecional, pese a

---

32. Código Orgánico Administrativo, N. 5, Art. 98.

esfuerzos doctrinarios y normativos[33] sigue ocasionados criterios encontrados, pero el propósito de la figura es vital para distinguir el campo de acción de la autoridad pública por el antecedente del principio de legalidad, pues por más abundantes normas que se generen –que no es la idea– jamás podrán delimitar todo el margen de acción del poder público y de ahí, su utilidad.

Pero esta figura también tiene debates en el derecho administrativo en Estados Unidos[34] –*Common law*– el cual sostiene que los actos administrativos[35] denominados *political quiestions* (actos políticos) no admite recursos contra los Tribunales Judiciales, salvo un control retenido. Empero, debe distinguirse que los actos políticos en derecho anglosajón no entran en el contractual con los gobiernos y sus agencias, que tienen una regulación distinta que proviene del precedente interno y jurisprudencial –no del principio de legalidad–. Además, los litigios o arbitrajes derivados de la relación contractual con el Estado, son considerados materia civil y resueltos por tribunales civiles, que considera al Estado y al particular como dos partes iguales, a diferencia del derecho público ecuatoriano.

Pero para distinguir los actos políticos "irrevisables" y distinguirlos de la parte revisable de los actos administrativos, tiene que ver con lo que ahora es la figura de la potestad discrecional. A manera de ejemplo citamos lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, LOSNCP) en relación al ejercicio de la facultad discrecional al declarar la terminación unilateral del contrato, que dice: "ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente

---

33. Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Decreto Ejecutivo No. 3179, RO No. 686, 18/10/2002.
34. J. Clarke Adams, *El Derecho Administrativo Norteamericano*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974. p. 72.
35. El derecho administrativo y acto administrativo del sistema anglosajón tienen una naturaleza y definición distinta.

comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato"[36]. Una decisión "política" habría sido justamente terminar la relación jurídica.

Evidentemente, en este caso la norma intencionalmente es ambigua y deja a discreción de la entidad pública, la posibilidad de terminar el contrato, sin que esto implique incumplimiento. Los jueces o árbitros no podrán cuestionar propiamente los argumentos que sostienen la decisión, pero sí podrán analizar si la terminación respetó los derechos del contratista y demás disposiciones, como la liquidación, el avance de ejecución, la correcta imposición de multas, etc. Esta distinción que la doctrina y la jurisprudencia, han logrado.

Ahora bien, es de destacar y aclarar, que el procedimiento contencioso administrativo según el COGEP[37] aplicable al arbitraje, es válido siempre y cuando se encuentre derivado de un contrato. Pues del resto de acciones judiciales previstas en el art. 326 del mismo COGEP como la "anulación de normas", la "lesividad", el "silencio administrativo", la "coactiva", no contemplan ni pueden contemplar cláusulas arbitrales, pero la razón de fondo para que estas no puedan ser arbitrables es porque la ley no prevé la fórmula arbitral, más no porque contienen un elemento sagrado o divino.

En conclusión, si los actos administrativos no podrían ser revisables por un Tribunal Arbitral entonces, ¿qué le quedaría por resolver dentro de su competencia? Pues, la voluntad administrativa dentro del contrato, se manifiesta por intermedio de este único canal.

---

36. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 93, RO Sup. 395, 04/08/2008.
37. Código Orgánico General de Procesos, N. 20, Art. 326.

5. El arbitraje en los distintos contratos estatales del Ecuador

A continuación, veremos una noción general de las relaciones contractuales con el Estado ecuatoriano y su posibilidad arbitral.

5.1. Tratados Bilaterales de Inversión

La Corte Constitucional al dictaminar sobre la denuncia de los tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBIs), interpretó el artículo 422 de la Constitución señalando que la prohibición ahí no contemplada era aplicable a aquellos tratados o instrumentos internacionales relativos a la integración regional y como tales, puedan instituir instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios, para la solución de controversias entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica. Sin embargo, nada dijo la Corte, respecto de la posibilidad de remitir las disputas de inversiones o cualquier otra, entre el Estado y personas naturales jurídicas o privadas a través de la legislación doméstica, abriendo así otras posibilidades[38].

En todo caso, es necesario distinguir entre el arbitraje basado en tratados y como tales regidos por el derecho internacional, con las disputas derivadas de contratos. Sebastián Espinosa[39] considera que las disputas basadas en Tratados atañen al ejercicio de prerrogativas soberanas del Estado que por medio de sus actos puedan limitar el derecho de propiedad de inversionistas. Continúa el autor explicando que, estos deben ser analizados bajo la lupa del derecho internacional y su responsabilidad internacional como Estado, lo que lo distingue ampliamente del incumplimiento

38. Corte Constitucional del Ecuador, N. 15.
39. S. X. Espinosa Velasco, *Ecuador an International Investment Law and Policy,* Ed. Boekenplan 2019, p. 160.

contractual. Tampoco se descarta la concurrencia de estos dos escenarios.

5.2. Contratación Pública

Ahora bien, estos contratos están normados por la LOSNCP, los cuales prevén los tradicionales contratos públicos: adquisición de bienes y servicios, ejecución de obras y consultorías[40]. El objeto de estos es satisfacer las necesidades sociales e institucionales ordinarias, que realicen las entidades del sector público. Esta LOSNCP prevé en el 104 los procesos de mediación y arbitraje en derecho. La cláusula arbitral suele estar prevista en los modelos de "pliegos precontractuales" los mismos que son reflejados en el contrato definitivo[41].

Los contratos públicos, por ejemplo, son la construcción de puentes o carreteras requeridos por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas; adquisición de maquinaria (bienes) por parte de municipios para mantenimiento de vías; entre otros.

5.3. Contratos de Inversión

Estos contratos son atípicos, pues su fin es incentivar la inversión nueva, productiva, nacional y extranjera dentro del sector privado del país. La obligación del inversionista es aportar la inversión y la contraprestación del Estado, es garantizarle el derecho de propiedad, estabilidad tributaria y otros beneficios acordados en el contrato. Por lo tanto, en lugar de la existencia de un "objeto del contrato" en el sentido tradicional, se trata de un acuerdo del respeto de carácter impositivo favorable a cambio de la inversión.

---

40. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, N. 36, Art. 1.
41. Ídem, Art. 104.

El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (en adelante, COPCI) –que es la norma que regula los contratos de inversión–, mediante reciente reforma de agosto de 2018, determinó que para los contratos de inversión que superen los USD $ 10 Millones "[…] el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho"[42]. En este caso excepcional la legislación, se interpreta que ahora el arbitraje es la única forma de solucionar las controversias como regla general, pues del texto se colige que "deberá" pactarse el arbitraje. La propia Ley, enuncia las opciones de normas procesales para el proceso arbitral, que pueden ser estipuladas en los contratos:

> (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). La disposición también expresamente señala que las reglas de arbitraje de emergencia no se aplican en ningún caso[43].

Es interesante observar la evolución del sistema jurídico positivo, pues tradicionalmente uno de los aspectos que no eran arbitrables, eran justamente los tributarios. Pero ahora este escenario es un hecho, por mandato de la ley, que debe prevalecer sobre las teorías interpretativas.

5.4. Contratos de Concesión

La participación del sector privado en los sectores estratégicos y servicios públicos podrán encargase por gestión delegada por medio de este tipo de contratos, al sector privado. Usualmente este tipo de contratos,

42. Ley para Fomento Productivo, Atracción Inversiones Generacion Empleo, Art. 14., RO Sup. No. 309 de 21/08/2018.
43. Ibídem.

pueden ser suscritos para la explotación del espectro radioeléctrico, para los contratos de exploración y explotación de campos del sector petrolero, concesión de carreteras para mantenimiento y recaudación de peajes. La base legal de estos contratos la tiene el COA[44] en donde se prevé la alternativa de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Es interesante ver que, pese a nuestra influencia europea, al menos en Ecuador el sistema ha tendido hacer más rígido del europeo. Ya que en países como Francia, los Contratos de Concesión tienen la naturaleza de contratos civiles y se ventilan en juzgados civiles. No así en Ecuador.

5.5. Alianzas Público-Privadas

Se trata de una Alianza (por intermedio de un contrato) entre una o varias entidades del sector público y un gestor privado. Estas alianzas están consideradas para proyectos de gran envergadura, relativos a aspectos portuarios, aeroportuarios y similares. Los que pueden adaptarse en algunas modalidades contractuales, como por ejemplo contratos tipo EPC[45] y/o OM[46].

La ley[47] que regula las Alianzas Público-Privadas, dentro estos "contratos de gestión delegada", como se los califica, permiten pactar el arbitraje nacional o internacional[48]. En este último caso, indica que debe ser en instancia arbitral regional latinoamericana. La norma también se preocupó de exceptuar como materia arbitrable, en este tipo de contratos, los aspectos tributarios, así como los derivados directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano.

44. Código Orgánico Administrativo, N. 5, Arts. 76 y 126.
45. Engineering, Procurement, Construction.
46. Operation and Maintenance.
47. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas, RO Sup. No. 652, 18/12/2015.
48. Ídem, Art. 18.

Es decir, estos últimos no serían materia de arbitraje, es decir, no sería materia arbitral o transigible, pero porque la propia Ley así lo dispone.


PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE
PBP

¿En qué medida la cláusula Nación más Favorecida (NMF) viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión para someterse a arbitraje y por qué?*

*Gabriela Rivadeneira Chacón***

Recibido/Received: 01/08/2019
Aceptado/Accepted: 02/08/2019

---

* Este artículo es una adaptación del Trabajo de Titulación presentado para la obtención del título de Abogada en la Universidad San Francisco de Quito, el cual se encuentra disponible en: <https://bit.ly/2ONoGi3>

** Asociada de Andrade Veloz Abogados, LL.B. por la Universidad San Francisco de Quito, Candidata a la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional por la Universidad San Francisco de Quito, Candidata a la Maestría en Fiscalidad Internacional por la Universidad Internacional de la Rioja. Correo electrónico: grivadeneira@andradeveloz.com

G. Rivadeneira Chacón, "¿En qué medida la cláusula Nación más Favorecida (NMF) viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión para someterse a arbitraje y por qué?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019, pp. 291-356.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN:2600-562X
DOI: 10.36649/rea1011



del Estado en la modificación del mecanismo de solución de disputas. **5.** Uso de la cláusula NMF para expandir la jurisdicción del tribunal arbitral en cuestiones sustantivas. **5.1** Utilización de la cláusula NMF para arbitrar cuestiones no contenidas en la cláusula de resolución de disputas. **5.2** La vulneración al consentimiento a arbitrar del Estado, mediante la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones excluidas en el tratado base. **6.** Conclusiones.

Resumen: La cláusula de nación más favorecida (en adelante, NMF, o cláusula NMF) contenida en un tratado bilateral de inversiones (en adelante, TBIs) impone a los Estados parte del tratado la obligación de garantizar a los inversionistas, de la nacionalidad de uno de estos Estados y a su inversión, un trato no menos favorable que el trato otorgado a un inversionista de la nacionalidad de un tercer Estado. No cabe duda de que la aplicación de la cláusula NMF permite que los inversionistas se beneficien del tratamiento más favorable otorgado por un tercer TBI. Sin embargo, la posibilidad de aplicar las cláusulas NMF a cuestiones procedimentales es todavía controversial.

En los últimos años, los inversionistas extranjeros han visto en la cláusula NMF una herramienta para alterar las disposiciones establecidas en las cláusulas de resolución de disputas de un TBI o, peor aún, un mecanismo para escoger elementos favorables y crear su propia cláusula de solución de controversias. En este trabajo de investigación se observará que la aplicación de la cláusula NMF no altera el consentimiento del Estado receptor de una inversión de someterse a arbitraje en todos los casos, sino que dicho consentimiento únicamente se ve menoscabado cuando se alteran las condiciones esenciales para que se lleve a cabo el arbitraje. De este modo, se corroborará que el hecho de no cumplir con un requisito sobre el tiempo de litigo ante cortes nacionales no afecta la voluntad del Estado de arbitrar. Por el contrario, se evidenciará que en los casos en los que se busca: **(i)** cambiar el mecanismo de resolución de controversias;

(ii) arbitrar una protección no contenida en la cláusula de solución de controversias; o **(iii)** incorporar definiciones distintas a las contenidas en el tratado base, sí constituyen violaciones al consentimiento para arbitrar.

Palabras Clave: cláusula NMF, consentimiento, arbitraje, mecanismo de solución de controversias, tratados bilaterales de inversión, protecciones sustantivas.

In which cases does the Most Favoured Nation (MFN) Clause violate the consent of the investment's host State to arbitrate and why?

Abstract: The most-favoured-nation clause (onwards, MFN, or MFN clause) included in Bilateral Investment Treaties (onwards, BITs) imposes contracting States parties the obligation to guarantee investors of the nationality of one of these States, and their investments, a treatment no less favourable than the treatment given to an investor from the nationality of a third State. There is no doubt that the application of the MFN clause allows investors to benefit from a more favourable treatment contained in a third BIT. However, the use of MFN clauses for procedural issues is controversial.

In recent years, foreign investors have seen in the MFN clause a tool to modify provisions established in the dispute resolution clauses of a BIT or worse, a mechanism to choose favourable elements and create their own dispute settlement clause. In this research paper, we will show that the application of the MFN clause does not alter the host State's consent to arbitrate in all cases, but that consent is only diminished when the essential conditions to arbitrate are changed through the application of the MFN clause. Thus, it will be demonstrated that the failure to meet the requirement of a litigation period before national courts does not affect the State´s consent to

arbitrate. On the other hand, we will evidence that in cases in which: **(i)** the dispute resolution mechanisms are sought to be changed; **(ii)** the scope of the dispute resolution clause is to be broadened to cover standards of protection not contained in the BIT; **(iii)** or the incorporation of definitions not contained in the basic treaty do constitute violations to the consent to arbitrate.

Keywords: MFN clause, consent, arbitration, dispute resolution mechanism, BITs, substantive protections.

1. Introducción

En materia de inversiones, las cláusulas NMF son incorporadas para que los inversionistas extranjeros puedan beneficiarse de todos los derechos y garantías sustantivos contenidos en los diversos TBIs que el Estado receptor ha celebrado con otros Estados. Generalmente, la mayoría de TBIs contienen una referencia al trato de nación más favorecida[1].

En la actualidad, no cabe duda de que la cláusula NMF aplica a las protecciones sustantivas garantizadas en un TBI[2]. Sin embargo, los inversionistas no sólo han buscado beneficiarse de los estándares de protección sustantivos mediante la aplicación de la cláusula NMF, sino que también han buscado extender la cláusula NMF a cuestiones procedimentales, pretendiendo modificar las cláusulas de resolución de disputas que un Estado ha pactado en un TBI con otro Estado. Además, se han iniciado demandas en las que los inversionistas han seleccionado elementos más favorables de las cláusulas de resolución de disputas contenidas en terceros tratados. De esta manera, se

1. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, *Most- favored Nation Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, Nueva York y Ginebra, 2010, p. 13.
2. D. Caron & E. Shirlow, "Most Favoured Nation Treatment - Substantive Protection in Investment Law", *King´s College London Law School,* Research paper No. 2015-23, <https://ssrn.com/abstract=2590557 > (08/03/2018).

abre la posibilidad de que mediante la aplicación de la cláusula NMF, los inversionistas puedan construir sus propias cláusulas arbitrales, obligando al Estado a someterse a un arbitraje bajo condiciones que no pactó y que nunca consintió.

Existe un gran debate acerca de la posibilidad de que la cláusula NMF se extienda a temas procedimentales, específicamente, a la cláusula de resolución de disputas y sobre las consecuencias que esta aplicación podría generar[3].

La jurisprudencia en materia de inversiones ha sido contradictoria respecto a los usos que los inversionistas le han pretendido dar a la cláusula NMF. Así, en los casos en los que se ha solicitado la aplicación de la cláusula NMF para prescindir del requisito de litigio en cortes locales, en laudos como *Wintershall*[4], *ICS*[5], *Daimler*[6], *Impregilo*[7] *y Kilic*[8], los tribunales no permitieron que se aplique la cláusula NMF para que el inversionista pueda acudir a arbitraje internacional directamente. Por otra parte, tribunales de los casos *Maffezini*[9], *Gas Natural*[10], *National Grid*[11], *Hochtief*[12], *Camuzzi*[13], *AWG*[14],

3. J. Waincymer, "Procedure and Evidence in International Arbitration", *The Procedural Framework for International Arbitration*, Kluwer Law International, 2002, pp. 127-216.
4. *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina,* Caso CIADI No. ARB/ 04/14, Laudo, 08/12/2008.
5. *ICS Inspection y Control Services Limites c. República Argentina,* Caso Corte Permanente de Arbitraje No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10/02/2012.
6. *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22/08/2012.
7. *Impregilo S.p.A c. República Argentina,* Caso CIADI No. ARB/07/17, Decisión del Comité Ad Hoc sobre la Solicitud de Anulación, 24/01/2014.
8. *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán,* Caso CIADI No. ARB/10/1, Laudo, 02/07/2013.
9. *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España,* Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la Jurisdicción, 25/01/2000.
10. *Gas Natural SDG S.A. c. República Argentina,* Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre Preguntas Preliminares sobre Jurisdicción, 17/06/2005.
11. *National Grid PLC c. República Argentina*, Caso CNUDMI, Decisión sobre Competencia, 20/06/2006.
12. *Hochtief AG c. República Argentina,* Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24/10/2011.
13. *Camuzzi Internacional S.A c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre excepciones a la Jurisdicción, 11/05/2005.
14. *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 03/08/2006.

Phillip Morris[15], *Suez*[16], *Telefónica*[17] *y Teinver*[18], han permitido la aplicación de la cláusula NMF para que los inversionistas se beneficien de una cláusula de solución de disputas más favorable y no se vean obligados a litigar en cortes nacionales.

En los casos en los que los inversionistas han buscado cambiar las reglas del arbitraje, a través de la aplicación de la cláusula NMF, para que el arbitraje se lleve bajo un mecanismo distinto al pactado en el TBI, el único caso en el que se aceptó esta aplicación de la cláusula NMF fue el caso *Venezuela U.S. c. Venezuela*[19], mientras que la extensión de la cláusula NMF fue negada en los casos *Plama c. Bulgaria*[20], *Wintershall c. Argentina*[21] *y Garanti Koza c. Turkmenistán*[22].

Uno de los usos más controversiales de la cláusula NMF radica en intentar expandir la jurisdicción de los tribunales arbitrales poniendo a su conocimiento una demanda por una protección no contenida en la cláusula de resolución de disputas o una definición no incluida en el tratado en el que el inversionista basa su reclamación. Aquello ocurrió en los casos *Salini c. Jordania*[23], *Telenor c. Hungría*[24], *Sanum c. Laos*[25], *H&H c.*

15. *Phillip Morris c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 02/07/2013.
16. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Anulación, 07/01/2015.
17. *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a Jurisdicción, 25/05/2006.
18. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/01, Decisión sobre Jurisdicción, 21/12/2012.
19. *Venezuela US, S.R.L. c. República Bolivariana de Venezuela,* Caso CPA No. 2013-34, Laudo Interino sobre Jurisdicción, 26/07/2016.
20. *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria,* Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 08/02/2005.
21. *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina,* N. 4.
22. *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán,* Caso CIADI No. ARB/11/20, Decisión sobre la Objeción a Jurisdicción por falta de consentimiento, 03/07/2013.
23. *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino de Jordania,* Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión de Jurisdicción, 09/11/2004.
24. *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría,* Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13/09/2010.
25. *Sanum Investments Limited c. República Popular Democrática de Laos,* Corte Permanente de Arbitraje Caso No. 2013-13, Decisión sobre Jurisdicción, 13/12/2013.

Egipto[26], *Austrian Airlines c. Eslovaquia*[27], *Servier c. Polonia*[28], *Berschader c. Rusia*[29], *Renta 4 c. Rusia*[30], *Tza Yap Schum c. Perú*[31], *RosInvest c. Rusia*[32], *Beijing Urban Constructions c. Yemen*[33]. De los casos mencionados, exclusivamente en el caso *Rosinvest c. Rusia* se permitió el uso de la cláusula NMF y en los casos *Metal-Tech c. Uzbekistán*[34], *Vanessa Ventures c. Venezuela*[35], *Rafat Ali Rizvi c. Indonesia*[36], se decidió que no se podía aplicar una definición de inversión de otro tratado a través de la cláusula NMF.

Actualmente, los tribunales arbitrales y los Estados receptores de inversiones ya no solo deben enfrentarse a la posibilidad de que la cláusula NMF extienda sus efectos a temas de jurisdicción, sino a que los inversionistas traten de crear sus propias cláusulas arbitrales extrayendo elementos de las cláusulas de resolución de disputas de otros tratados. Tales elementos pueden consistir en prescindir del período de tiempo de litigio en cortes nacionales, incluir dentro del arbitraje alguna protección que no estaba prevista en la cláusula de resolución de disputas o a su vez, invocar un método distinto de resolución de disputas distinto al previsto en el TBI[37].

---

26. *H&H Enterprises Investments, Inc c. República Árabe de Egipto,* Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo, 06/05/2014.
27. *Austrian Airlines c. República de Eslovaquia*, Arbitraje Ad-hoc bajo reglas CNUDMI, Laudo, 09/10/2009.
28. *Les Laboratoires Servier, S.A.S. Biofarma, S.A.S., Arts y Techniques du Progres S.A.S. c. República de Polonia*, Corte Permanente de Arbitraje, Laudo, 14/02/2012.
29. *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Federación Rusa,* Caso No. 080/2004, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. 080/2004, Laudo, 21/04/2006.
30. *Renta 4 S.V.S.A., et al c. Federación Rusa,* Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. 024/2007, Laudo sobre Objeciones Preliminares, 20/03/2009.
31. *Tza Yap Schum c. República del Perú,* Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 19/06/2009.
32. *RosInvest Co. UK Ltda. c. Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. V079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 01/10/2007.
33. *Beijing Urban Construction Group. c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB14/30, Decisión de Jurisdicción, 31/05/2017.
34. *Metal-Tech Ltda. c. República de Uzbekistán,* Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 04/10/2013.
35. *Vanessa Ventures Ltda. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/6, Laudo, 16/01/2013.
36. *Rafat Ali Rizvi c. República de Indonesia,* Caso CIADI No. ARB/11/13, Laudo de Jurisdicción, 16/07/2013.
37. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 83.

2. La cláusula NMF en el Derecho Internacional de las Inversiones

A lo largo de esta sección se analizará la cláusula NMF en el contexto del Derecho Internacional de las Inversiones. Para ello, en primer lugar, se definirá a la cláusula NMF **[2.1]**. Posteriormente, se explicará el objeto **[2.2]** y la estructura de la cláusula **[2.3]**.

2.1 Definición, características y naturaleza de la cláusula NMF

La cláusula NMF ha sido definida por la Comisión de Derecho Internacional como: "[...] una disposición de un tratado según la cual un Estado se obliga con otro Estado a otorgar el trato de nación más favorecida en una esfera de relaciones acordada"[38]. La cláusula NMF es una obligación que debe estar contenida en un tratado específico, a este tratado se lo conoce como "tratado base"[39].

La cláusula NMF es considerada un estándar relativo, debido a que requiere de una prueba comparativa para su aplicación. En este sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, CNUCYD) ha establecido:

> El trato NMF [...] requiere una comparación, así como la búsqueda de un trato más favorable otorgado a los inversionistas de una nacionalidad determinada en contraposición a los inversionistas cubiertos por el tratado base. Por esa razón, la norma carece de un contenido definido a priori y no evitaría ni atacaría actos arbitrarios en los que todos los inversionistas extranjeros recibieran un trato igualmente malo (sin perjuicio de que se puedan encontrar otras violaciones). Cualquier evaluación de una supuesta violación llama no solo para encontrar una diferencia objetiva en el trato entre dos inversionistas extranjeros, pero también

38. Traducción libre. Yearbook of the International Law Comission, Report of the International Law Comission on its thirtieth session, Vol. II, Part Two, 1978, Art. 4.
39. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 22.

> para una desventaja competitiva directamente derivada de esta diferencia en el tratamiento [...][40].

Cabe mencionar que el estándar establecido por la cláusula NMF se caracteriza por estar regido por el principio *ejusdem generis*[41]. Esto significa que se puede aplicar la cláusula NMF a cuestiones que son parte de la misma materia o a la misma categoría de sujetos[42].

El uso de la cláusula NMF de requiere una base legítima de comparación[43] y se refiere a situaciones en las que se discrimina a un inversionista en razón de su nacionalidad. Para establecer que ha existido una violación a la obligación impuesta por una cláusula NMF se debe acreditar que la diferencia en el trato al inversionista se debe a la nacionalidad del inversionista extranjero[44].

2.2 Objeto de la cláusula NMF

La cláusula NMF se incluye frecuentemente en los TBIs celebrados entre Estados y permite que los nacionales de uno de los Estados contratantes puedan beneficiarse del trato favorable que uno de los Estados parte otorga a nacionales de un tercer Estado[45]. Las cláusulas NMF tienen como propósito garantizar la igualdad de condiciones entre inversionistas extranjeros de diferentes nacionalidades que buscan constituir una inversión o que operan una inversión en el Estado receptor[46]. La CNUCYD ha determinado:

40. Traducción libre. *Ídem*, p. 22.
41. El principio *Ejusdem Generis* limita la aplicación de una cláusula NMF a los asuntos de la misma materia que se encuentre en el tratado base.
42. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 25.
43. La CNUCYD ha establecido que se debe aplicar la cláusula NMF en situaciones objetivamente similares, lo cual no significa que todos los inversionistas deban recibir un trato igualitario en todas las circunstancias. Se justifica un trato diferenciado por parte del Estado receptor hacia los inversionistas cuando su situación no es la misma, no operan en el mismo sector económico o no tienen la misma estructura corporativa.
44. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 14.
45. M. Sornarajah, "The International Law on Foreing Investement", *Bilateral Investment Treaties*, Cambridge University Press, 2010, pp. 201-205.
46. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 14.

> [...] la cláusula de NMF cumple la función de garantizar la igualdad de trato y condiciones entre los inversionistas extranjeros, ya sea que intente liberalizar las condiciones de entrada y operación de inversionista extranjeros y/u ofrezca protección a los inversionistas y sus inversiones sin ningún compromiso de que estas condiciones sean más fáciles, más liberales o menos restrictivas[47].

Dentro del ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones, las cláusulas NMF se caracterizan por ser recíprocas e incondicionales[48]. De la misma manera, la aplicación de las cláusulas NMF rompe la lógica del Derecho Internacional que en principio, permite a los Estados otorgar un trato diferente a los nacionales de otro Estado[49]. Además, la determinación de una violación al estándar NMF requiere que exista un tratamiento[50] menos favorable hacia el inversionista, en el sentido de que un tratamiento diferente no siempre significa un trato menos favorable y un tratamiento menos favorable se basa en premisas objetivas y, no en percepciones[51].

Finalmente, la cláusula NMF debe ser interpretada de acuerdo a las reglas generales de interpretación de los tratados, específicamente bajo las reglas previstas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[52].

---

47. Traducción libre. *Ibídem*, p. 27.
48. P. Acconci, "Most Favoured Nation Treatment and the International Law on Foreign Investment", en P. Muchlinkski *et al. (Eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law,* Oxford University Press, 2005.
49. S. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law", *Multilateralization through Most-Favoured- Nation Treatment*, Cambridge University Press, 2009, p. 121.
50. Traducción libre. United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 28.
"El tratamiento del Estado se materializa mediante "[...] el inversionista extranjero cubierto por una cláusula de trato NMF tiene derecho a recibir cualquier trato más favorable que reciba un tercer inversionista extranjero en cualquiera de estas áreas de las leyes y reglamentos del Estado anfitrión, ya sea de aplicación general o específico de inversión extranjera".
51. Véase, United Nations Conference on Trade and Development, N. 1, p. 29.
52. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Art. 31.
    1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
    2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
    a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

2.3 Estructura de la cláusula NMF

Según Schill, para que una cláusula NMF opere es necesario que exista una relación entre por lo menos tres Estados. El Estado A (Estado receptor de la inversión) que se obliga con el Estado B (Estado beneficiario) a extender los derechos y beneficios al Estado C[53]. Al respecto, el tribunal del caso *Renta 4 c. Federación Rusa* señaló:

> [...] El tratado que contiene la promesa de NMF se conoce convencionalmente como el "tratado base". El tratado invocado como prueba de un trato más favorable puede denominarse "tratado de comparación". La parte que hace valer un derecho a través de la cláusula NMF no es parte del tratado de comparación y, por lo tanto, no está en posición de presentar ninguna reclamación sobre este. El reclamo solo puede surgir bajo el tratado base[54].

La relación entre el Estado otorgante y el beneficiario no se ve afectada por la relación que el Estado otorgante pueda mantener con cualquier otro Estado. Por el contrario, el contenido del tratado celebrado con un tercer Estado es el medio por el cual opera la cláusula NMF[55].

3. Interacción de la cláusula NMF y el consentimiento del Estado para acudir a arbitraje

Para que un tribunal arbitral tenga jurisdicción es necesario el consentimiento de someterse a arbitraje, tanto del

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

53. S. Schill, N. 49, p. 126.
54. Traducción libre. *Renta 4 S.V.S.A., et al. c. Federación Rusa,* N. 30, párrafo 77.
55. S. Schill, N. 49, p. 127.

Estado receptor de la inversión, como del inversionista[56]. Todo proceso arbitral nace del consentimiento de las dos partes para someter sus disputas a sede arbitral[57]. Por lo tanto, sin consentimiento no puede haber arbitraje[58].

El Estado receptor de una inversión puede manifestar su consentimiento para someterse a arbitraje de tres maneras: **(i)** mediante una cláusula arbitral incluida en un contrato que se haya celebrado directamente entre el Estado y el inversionista; **(ii)** una cláusula de resolución de disputas contenida en un TBI; y, **(iii)** una oferta de arbitraje mediante una ley nacional[59].

El primer mecanismo para que exista consentimiento para someter una disputa a arbitraje internacional consiste en pactar una cláusula arbitral o una cláusula compromisoria en un contrato de inversión que haya sido celebrado entre el Estado y el inversionista[60]. Los contratos de inversión son acuerdos celebrados entre el Estado y un privado, en los cuales se crea una organización para controlar una actividad económica[61]. Es recomendable que las partes limiten la cláusula arbitral a temas que realmente desean arbitrar para evitar extensiones no deseadas sobre la materia arbitrable[62].

Por otra parte, el Estado manifiesta su voluntad de someterse a arbitraje mediante una ley nacional, aquella ley opera como una oferta abierta de arbitraje. Esta oferta requiere

---

56. A. Galindo, "El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de Inversiones", *Iuris Dicto*, Vol. 14, 2012, p. 42.
57. A. Redfern & M. Hunter, "The Agreement to Arbitrate", *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp. 5-3.
58. G. Born, "International Arbitration: cases and materials", *International Arbitration Agreements: Basic Issues,* Kluwer Law International, 2015, p. 159.
59. Véase, C. Schreuer, "Consent to Arbitration", *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, □https://bit.ly/31vUwkG□ (15/03/2018).
60. Ibídem.
61. Y. Pérez Pacheco, "Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI", *Lecciones y Ensayos*, No. 91, 2013, p. 34, <https://bit.ly/2YZ9DkZ> (08/03/2018).
62. Ídem, p. 36.

la aceptación del inversionista[63], sea por escrito o mediante la iniciación del proceso arbitral[64].

El problema que puede generar esta forma de consentir a ventilar una disputa en arbitraje es que si el Estado realiza una oferta de arbitraje mediante una ley nacional, esta ley puede ser fácilmente derogada o enmendada por el Estado receptor de la inversión[65].

La tercera manera de obtener el consentimiento de un Estado para someterse a arbitraje es a través de una cláusula de resolución de disputas que se incluya en un acuerdo recíproco de protección y promoción de inversiones[66]. Al igual que lo ocurre en las ofertas de arbitraje en leyes nacionales, el acuerdo de arbitraje se perfecciona con la aceptación de quien realiza la inversión[67]. En tal sentido, Pérez Pacheco sostiene:

> [...] el convenio arbitral es la base del arbitraje de inversión que como todo contrato se sustenta en el consentimiento, el cual en el caso de una oferta que ha sido otorgada por el Estado debe ser aceptada por el inversionista[68].

Como ya se mencionó en secciones anteriores, los TBIs tienen la calidad de instrumentos de Derecho Internacional Público, por lo cual, deben interpretarse de acuerdo a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, el consentimiento el Estado de someterse a arbitraje puede depender de la interpretación que realice el tribunal arbitral sobre la existencia de una inversión, la nacionalidad del inversionista y las protecciones otorgadas en el tratado[69].

---

63. J. O. Voss, *The impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors,* Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 59.
64. Y. Pérez Pacheco, N. 61, p. 40.
65. J. O. Voss, N. 63, p. 59.
66. Ídem, p. 60.
67. Ídem, p. 62.
68. Y. Pérez Pacheco, N. 61, p. 34.
69. K. H. Böckstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How different are they today?,* Kluwer Law Arbitration, 2012, p. 583.

Las opciones de elección de la institución administradora del arbitraje en un tratado bilateral de inversiones son amplias[70]. Existen tratados que se refieren únicamente a una institución arbitral, mientras que otros se refieren a varias instituciones arbitrales o a arbitrajes *ad hoc*[71]. Asimismo, existen TBIs que contienen cláusulas de resolución de disputas en las que se limita el arbitraje a temas específicos y otros que contienen una redacción amplia que permite que se someta a arbitraje cualquier disputa derivada del TBI. Por esta razón, se ha divido a los tratados bilaterales de inversiones en dos grandes grupos:

(i) Tratados que contienen una cláusula de resolución de disputas amplia, por lo general contienen frases como "cualquier" o "todas las disputas" relacionadas con la inversión[72].

(ii) Tratados que garantizan el arbitraje internacional bajo ciertas condiciones, por ejemplo, existen TBIs que limitan el arbitraje a protecciones específicas o a requerimientos procedimentales[73].

El consentimiento para arbitrar, plasmado en un TBI es una obligación de los Estados suscriptores del tratado. En palabras de Nolan y Sourgens:

> [...] el consentimiento al arbitraje en un acuerdo de inversión bilateral típico constituye una obligación del Estado signatario para arbitrar si se perfecciona alguna vez o no. El hecho de que la obligación nunca pueda ser aplicada por un inversionista no cambia su naturaleza fundamental como un compromiso internacional jurídicamente vinculante de un estado incluido en un tratado aceptado por el inversionista[74].

70. J. O. Voss, N. 63, p. 60.
71. Ídem, p. 62.
72. J. O. Voss, N. 63, p. 66.
73. Ídem, p. 67.
74. Traducción libre. M. D. Nolan & F. G. Sourgens, "Limits of Consent- Arbitration without Privity and Beyond", *Liber Amicorum Bernardo Cremades,* Kluwer Law International, 2010, p. 585.

Es necesario aclarar que en el presente trabajo de investigación se analizará únicamente el consentimiento del Estado para acudir a arbitraje otorgado sobre la base de un TBI con el propósito de determinar si dicho consentimiento es vulnerado por la aplicación de la cláusula NMF.

En el siguiente capítulo se expondrán casos en los que se ha solicitado la aplicación de la cláusula NMF para prescindir del requisito de litigar en cortes nacionales por un lapso de tiempo establecido en el TBI y casos en los que se ha buscado cambiar el mecanismo de solución de controversias incluido en el tratado. Por último, se analizará si dichas aplicaciones de la cláusula NMF configuran una violación al consentimiento receptor de una inversión de someterse a arbitraje.

4. Uso de la cláusula NMF para modificar total o parcialmente el mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado

Existen numerosos casos en los que inversionistas han buscado utilizar la cláusula NMF para neutralizar ciertos requisitos o condiciones establecidos en la cláusula de resolución de controversias del tratado base. Aquellos inversionistas han basado sus pretensiones en TBIs celebrados entre el Estado en el que realizaron su inversión con terceros Estados. Así, los inversionistas han alegado que la cláusula NMF les garantiza un trato no menos favorable que el otorgado a un inversionista de un tercer Estado y que, consecuentemente, la cláusula de resolución de disputas, al ser parte de las protecciones del tratado, debe ser parte del tratamiento otorgado por la cláusula NMF.

En esta sección se examinarán casos en los que los inversionistas han invocado la cláusula NMF buscando beneficiarse de condiciones más favorables contenidas en la cláusula de resolución de disputas de un tercer tratado para

así evadir el requisito de someterse a cortes nacionales por un período de tiempo determinado **[4.1]**, o para cambiar las reglas de procedimiento del arbitraje **[4.3]**. A su vez, se analizará, luego de cada sección, si la aplicación de la cláusula NMF para estos fines modifica el consentimiento del Estado para someterse a arbitraje o no **[4.2]**, **[4.4]**.

4.1 Uso de la cláusula NMF para prescindir del requisito de litigio en cortes nacionales por un período de tiempo determinado

En la actualidad, la generalidad de acuerdos recíprocos de protección de inversiones incluyen ciertas etapas que el inversionista debería seguir antes de presentar una demanda de arbitraje internacional en contra del Estado en el que se ha realizado la inversión. Cuando los inversionistas no han cumplido los pasos previos para el arbitraje, han optado por invocar la cláusula NMF para aplicar así, una cláusula de resolución de disputas de otro tratado que resulte más favorable. Aquello ha ocurrido en los casos que se mencionarán a continuación:

En el caso *Maffezini c. España*, el TBI España-Argentina exigía que se someta la controversia a las cortes locales del Estado receptor de la inversión por el trascurso de 18 meses. Con el objetivo de obviar este requisito, el inversionista pidió al tribunal arbitral que se aplique la cláusula NMF para aprovecharse de la cláusula de resolución de disputas del TBI España-Chile que permitía demandar en arbitraje directamente después de los 6 meses de negociaciones previas[75]. El tribunal concluyó:

> [...] si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversionista

75. *Emilio Agustín Maffezini* c. España, N. 9, párrafo 39.

> que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio. Esta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública que se expondrán más adelante [...][76].

En el caso *Phillip Morris c. Uruguay*, el tribunal tuvo que decidir si el inversionista podía prescindir del requisito de litigar 18 meses en cortes uruguayas. El inversionista buscó aplicar la cláusula NMF para beneficiarse de la cláusula de resolución de disputas del TBI Uruguay-Canadá o del TBI Uruguay-Australia, las cuales no exigían que el inversionista acuda a cortes uruguayas[77]. El tribunal arbitral resolvió que la facultad de iniciar un arbitraje sin someter la disputa a cortes locales es *más favorable* para los inversionistas. Por lo tanto, el tribunal afirmó que el tratamiento garantizado por la cláusula NMF no se limitaba solo a protecciones sustantivas, sino también a la cláusula de resolución de disputas[78]. Según el tribunal, en ausencia de una redacción que demuestre lo contrario, la cláusula NMF debía extenderse a temas procedimentales[79].

En el caso *Siemens c. Argentina*, el inversionista trataba de recurrir a la cláusula NMF para aplicar la cláusula de resolución de disputas del TBI Argentina-Chile para evadir el requisito de litigar 18 meses en cortes argentinas. El tribunal consideró que la reclamación de una ventaja por medio de

76. Ídem, párrafo 56.
77. *Phillip Morris c. Uruguay,* N. 15, párrafo 47.
78. Ídem, párrafo 79.
79. Ídem, párrafo 80.

la cláusula NMF, no implicaba la aceptación de todos los términos del tratado, cuando esas ventajas no hubieren sido consideradas favorables. La aplicación o no de la cláusula NMF dependía de su redacción y de los demás términos del tratado. Pese a que el tribunal tomó en consideración lo manifestado en el caso *Maffezini* respecto de quien pretende beneficiarse de la cláusula NMF no podía inobservar consideraciones de orden público que hayan sido esenciales para la celebración del tratado; es decir, consideró que las alegaciones sobre orden público planteadas por Argentina no eran oportunas y permitió la aplicación de la cláusula NMF para beneficiar al inversionista con la cláusula de resolución de disputas de otro tratado[80].

En el caso *Suez Vivendi c. Argentina*, el tribunal debía pronunciarse sobre si el requerimiento de acudir a cortes nacionales argentinas por 18 meses antes de acudir a arbitraje internacional podía ser obviado mediante la aplicación de la cláusula NMF de un tercer TBI[81]. Así, el tribunal determinó que cuando una cláusula NMF dentro de un TBI incluía la expresión "en todas las materias" e iba acompañado de excepciones específicas en las que no se incluía la cláusula de resolución de disputas, no cabía ninguna duda de que la solución de disputas estaba comprendida dentro de la cláusula NMF. Bajo estas razones, el tribunal resolvió que se podía iniciar un arbitraje internacional sin necesidad de recurrir a los tribunales locales argentinos[82].

En el caso *AWG c. Argentina,* el inversionista demandó ante un tribunal arbitral sobre la base del TBI Argentina-España. Ese tratado exigía que se litiguen 18 meses ante jueces

80. *Siemens A.G. c. República Argentina,* Caso CIADI No. ARB/03/8, Decisión sobre Jurisdicción, 03/08/2004, párrafo 109.
81. El TBI España-Argentina imponía a los inversionistas el sometimiento a cortes nacionales argentinas por el período de 18 meses antes de acudir a arbitraje. El inversionista, por otra parte, sostenía que gracias a la aplicación de la cláusula NMF se le puede aplicar la cláusula de resolución de disputas del TBI Argentina-Alemania, que no exigía el requisito mencionado.
82. *Suez et al. c. República Argentina,* N. 16, párrafo 68.

argentinos. Sin embargo, el inversionista invocó la cláusula NMF del TBI Argentina-Francia, que sólo requería 6 meses de negociaciones para que proceda el arbitraje internacional. El tribunal arbitral interpretó la cláusula NMF a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena y concluyó que se podía invocar el trato más favorable contenido en la cláusula de resolución de disputas del TBI Argentina-Francia y con ello, iniciar un arbitraje internacional sin la necesidad de recurrir primero a los tribunales locales[83].

De igual forma, en el caso *Telefónica c. Argentina,* de conformidad con el TBI Argentina-España antes de comenzar un arbitraje internacional, la disputa debía ser sometida ante cortes argentinas por 18 meses. El inversionista requirió que mediante la cláusula NMF se le aplique el TBI Argentina-Chile para no cumplir con el requisito mencionado[84]. El tribunal decidió que resulta más favorable para un inversionista no presentar la demanda ante cortes locales por el período de 18 meses, sino acudir directamente a arbitraje internacional, por lo tanto resolvió que la extensión de la cláusula NMF sí procedía[85].

En el caso *Teinver c. Argentina,* el inversionista pretendía utilizar la cláusula NMF para que se aplique la cláusula de resolución de disputas del TBI Argentina-Estados Unidos y el TBI Argentina-Australia. A diferencia del TBI Argentina-España, que exigía que una vez que se haya originado la controversia se debían iniciar 6 meses de negociaciones directas y posteriormente, se tenía que litigar en cortes nacionales por otros 18 meses. El TBI invocado por el inversionista únicamente exigía que se intente resolver la disputa de manera amigable entre las partes antes de someterla a arbitraje internacional.

83. *AWG Group Ltd. c. Argentina,* N. 14, párrafo 68.
84. Argentina argumentó que tanto España como Argentina habían adoptado una práctica posterior respecto a la aplicación de la cláusula NMF para el requisito de los 18 meses y que, dicha práctica sería vinculante para ambos Estados.
85. *Telefónica S.A. c. Argentina,* N. 17, párrafo 103.

El tribunal determinó que el inversionista podía invocar la cláusula NMF para acceder a las disposiciones de resolución de controversias establecida en el TBI Australia-Argentina. Según el tribunal, la fórmula "todas las materias" utilizada en la redacción de la cláusula NMF debía interpretarse de manera inclusiva. El tribunal determinó que la demandante si cumplió los requisitos para someter la disputa a arbitraje[86].

En el caso *Camuzzi c. Argentina*, el inversionista solicitó la aplicación de la cláusula NMF para importar la cláusula de resolución de disputas del TBI Argentina-Estados Unidos que permitía que se acuda directamente a arbitraje internacional[87]. El tribunal señaló que Argentina no objetó la reclamación cuando culminó el proceso de negociaciones previas, por lo cual la vía del arbitraje se encontraba abierta y no era necesario pronunciarse sobre la cláusula NMF[88].

En el caso *Gas Natural c. Argentina,* el tribunal consideró que la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversionista y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituía un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversionistas extranjeros. Del mismo modo, sostuvo que el hecho de que solo se pueda tener acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implicaba un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. En consecuencia, el tribunal determinó que el inversionista tenía derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y Estados Unidos invocando el Artículo IV (2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina[89].

86. *Teinver S.A. et al. c. Argentina,* N. 18, párrafo 141.
87. *Camuzzi Internacional S.A. c. Argentina,* N. 13, párrafo 121.
88. Ídem, párrafo 122.
89. *Gas Natural SDG S.A. c. Argentina*, N. 10, párrafos 32-34.

De igual manera, en el caso *National Grid c. Argentina*, el Tribunal observó que la cláusula NMF del TBI Argentina España no se refería expresamente a solución de controversias, ni a ninguna otra norma de trato prevista específicamente en el tratado. Por otra parte, el tribunal sostuvo que la solución de disputas de controversias no era una de las excepciones previstas a la aplicación de la cláusula. Desde el punto de vista de la interpretación, la mención específica de un asunto excluye a los restantes: *expressio unius est exclusio alterius*. El tribunal consideró que el "trato" previsto en la cláusula NMF del Tratado permitía a los inversionistas de Reino Unido en Argentina recurrir al arbitraje sin tener que comparecer previamente ante los tribunales argentinos, tal como lo autorizaba el TBI Estados Unidos-Argentina. Por lo tanto, el tribunal aceptó la aplicación de la cláusula NMF[90].

En contraposición a los casos presentados anteriormente, existe jurisprudencia en la que se ha negado la aplicación de la cláusula NMF para cuestiones procedimentales. Un claro ejemplo de aquello es el caso *Wintershall c. Argentina*, en el cual, el tribunal observó que la cláusula NMF no incluía ninguna disposición que extendiera el alcance de su aplicación a la resolución de diferencias, ni tampoco contemplaba "todos los derechos" ni "todas las materias" comprendidas en el tratado. A más de esto, las demandantes no presentaron ninguna evidencia de la cual pudiera inferirse que la intención común de las partes era que la cláusula NMF se aplicara a la solución de controversias[91]. Finalmente, el tribunal decidió que la demandante no podía basarse en la cláusula NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania, a fin de evitar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 10(2) del TBI[92].

En el caso *ICS c. Argentina*, el inversionista buscaba que debido a la cláusula NMF se aplique a la controversia la cláusula

90. *National Grid PLC c. Argentina,* N. 11, párrafos 81-84.
91. *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina,* N. 4, párrafos158-162.
92. Ídem, párrafo 197.

de resolución de disputas del TBI Argentina-Reino Unido que permitía el arbitraje internacional una vez que el período de negociación hubiere expirado[93]. El tribunal concluyó que los Estados parte del TBI condicionaron su consentimiento al arbitraje a un requisito que debía cumplirse y que en ese caso no se cumplió, por lo cual, el tribunal afirmó que no estaba facultado para ignorar los límites de jurisdicción impuestos por las partes. Así, el tribunal declinó su competencia y no analizó los alcances de la cláusula NMF; al considerar que la demandante incumplió los prerrequisitos contenidos en el TBI, sin que exista razón alguna para eximirla de su aplicación[94].

En el caso *Impregilo c. Argentina*, la cláusula de resolución de disputas contenida en el artículo 8 del TBI Argentina-Italia requería que los inversionistas sometan las controversias ante tribunales argentinos durante 18 meses de manera previa al arbitraje internacional. Para poder someter la disputa directamente a arbitraje, *Impregilo* invocó la aplicación de la cláusula NMF para beneficiarse de la cláusula de resolución de disputas contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos, para así poder someter a arbitraje las controversias luego de 6 meses de que esta se haya suscitado[95]. El tribunal determinó que la palabra "podrá" contenida en el artículo 8 del TBI señalaba que el inversionista no se encontraba obligado a someter la controversia a tribunales locales previo el arbitraje[96]. No obstante, el tribunal arbitral interpretó la intención de las partes contratantes en el TBI y determinó que el gobierno argentino debió haber deseado brindar primero una oportunidad a sus tribunales para resolver las controversias entre el Estado y el inversionista y que, esta oportunidad se vería truncada si el inversionista tuviera la elección de hacerlo o no[97].

93. *ICS Inspection and Control Services Limites c. Argentina*, N. 5, párrafo 119.
94. Ídem, párrafo 250.
95. *Impregilo S.p.A c. Argentina*, N. 7, párrafo 74.
96. Ídem, párrafo 83.
97. Ídem, párrafo 88.

En el caso *Kilic c. Turkmenistán*, el inversionista quería beneficiarse de la cláusula de resolución de disputas del TBI Turkmenistán-Suiza[98]. El TBI Turkmenistán-Turquía, bajo el cual se presentaba la reclamación, enunciaba que el derecho del inversionista de presentar una demanda de arbitraje internacional estaba condicionado a que la disputa se someta primero a cortes locales y que esta no se haya resuelto en el período de un año. No obstante, el tribunal arbitral decidió que la cláusula NMF no aplicaba a las cláusulas de resolución de disputas de otros tratados y que consecuentemente, ni el tribunal ni el centro tenían jurisdicción[99]. Posteriormente, el tribunal realizó un análisis acerca de la futilidad del requisito de someter la disputa a cortes locales por un año y resolvió que solo en el caso en el que el requisito de someter la disputa a cortes nacionales resulte fútil, se podía prescindir del requisito impuesto en la cláusula de resolución de disputas del TBI[100].

En el caso *Hochtief c. Argentina,* el inversionista debía someter la disputa a cortes locales argentinas por 18 meses antes de acudir a arbitraje y para no tener que verificar este requisito, mediante la cláusula NMF invocó la aplicación de la cláusula de resolución de disputas del TBI Argentina-Chile[101]. El tribunal consideró que la cláusula NMF no permitía seleccionar componentes *para fabricar un conjunto artificial de condiciones a las que ningún nacional del Estado tendría derecho*[102]. Adicionalmente, el tribunal sostuvo que el inversionista debía basarse en la totalidad del régimen del TBI Argentina-Chile o del TBI Argentina-Alemania y no seleccionar sólo ciertos elementos de estos[103].

98. *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán,* N. 8, párrafo 7.9.1.
99. Ibídem.
100. Ídem, párrafo 8.1.21.
101. *Hochtief AG c. Argentina*, N. 12, párrafo 62.
102. Ídem, párrafo 98.
103. Ídem, párrafo 97. El tribunal señaló que la frase "la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión" incluye el derecho a recurrir a mecanismos de resolución de diferencias como un aspecto dentro de la administración de la inversión como un aspecto de la administración de la inversión.

En el caso *Daimler c. Argentina*, el inversionista basó su reclamación en el TBI Argentina-Alemania que requería que previo acudir a arbitraje internacional se someta la disputa a cortes locales argentinas por el período de 18 meses. El tribunal decidió que cuando se trataba de un requisito de litigar en cortes nacionales no se podía establecer un criterio general, sino que se debía analizar las circunstancias de cada caso y la futilidad de la medida[104]. El tribunal señaló que el consentimiento es un principio que regula todo tipo de tratados celebrados entre Estados[105]. Según este tribunal, la jurisprudencia de tribunales que han conocido disputas entre el Estado y el inversionista había optado por interpretar los acuerdos recíprocos de protección de inversiones de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[106]. La Convención de Viena en el artículo 31 establece que se debía interpretar los tratados buena fe, de acuerdo a su objeto y propósito. Por lo cual, el tribunal se puso como labor determinar cuál era la voluntad de la República Federal de Alemania y la República de Argentina. El tribunal interpretó el artículo 10 del tratado y determinó que:

a. El proceso de solución de disputas era obligatorio y no opcional107.

b. La cláusula de resolución de disputas imponía ciertos pasos que el inversionista debía seguir necesariamente y no se trataba de una elección para el inversionista108.

c. Una disputa podía someterse ante un arbitraje internacional únicamente cuando:

  a. Se hubiere sometido la disputa en cortes locales argentinas por 18 meses o;

104. *Daimler c. Argentina*, N. 6, párrafo 186.
105. Ídem, párrafo 168.
106. Ídem, párrafos 169-172.
107. Ídem, párrafo 181.
108. Ídem, párrafo 182.

b. Cuando las partes hubieren acordado prescindir de estos requisitos[109].

Finalmente, el tribunal resolvió que el artículo 10(2) del TBI Alemania-Argentina buscaba brindarle a los tribunales domésticos la oportunidad de resolver la disputa de manera rápida, por lo tanto, los 18 meses de litigio ante cortes locales era una condición del Estado receptor de la inversión para someterse a arbitraje, por lo cual no podía alterarse el consentimiento a arbitrar por un mero asunto de jurisdicción o admisibilidad[110].

Tal como se ha podido evidenciar, numerosos tribunales de arbitraje de inversiones se han enfrentado a demandas arbitrales en las que el inversionista incumplió las condiciones previas para el arbitraje, entre ellas, el litigio de 18 meses en cortes locales. Exclusivamente en los casos *Wintershall, ICS, Daimler, Impregilo y Kilic* se resolvió que era necesario que se cumpla el requisito de los 18 meses de litigio en cortes nacionales. En el caso *ICS c. Argentina*, se consideró que este requisito era parte de la oferta de arbitraje y que el inversionista, al aceptar la oferta, aceptaba todos los términos y condiciones contenidos en esta, de lo contrario, no existía acuerdo para arbitrar[111]. En Daimler c. Argentina se determinó que la cláusula de resolución de disputas establecía un proceso secuencial específico, cuyos pasos deben seguirse estrictamente "el artículo 10 no proporciona un menú a la carta de opciones de solución de controversias disponibles para los inversionistas"[112].

La misma conclusión fue manifestada por los tribunales arbitrales de los casos *Impregilo c. Argentina*, en el cual, el tribunal sostuvo que el TBI contenía un requisito que debía

109. Ídem, párrafo 183.
110. Ídem, párrafo 194.
111. *ICS Inspection y Control Services Limites c. Argentina,* N. 5, párrafo 272.
112. *Daimler c. Argentina,* N. 6, párrafo 182.

ser observado antes de que el tribunal pudiera declararse competente. Este criterio también fue compartido por el tribunal del caso *Wintershall c. Argentina*, que decidió que:

> El inversionista puede elegir voluntariamente omitir el segundo paso [el requisito de 18 meses de tribunales nacionales] simplemente no está previsto por el TBI entre Argentina y Alemania, porque (Argentina) el "consentimiento" del Estado Anfitrión (oferta permanente) se basa en la premisa de que primero se somete a los tribunales de jurisdicción competente del Estado anfitrión toda la disputa para su resolución en los tribunales locales[113].

A diferencia de los casos antedichos, los tribunales de los casos *Maffezini, Gas Natural, National Grid, Hochtief, Camuzzi, AWG, Phillip Morris, Suez, Telefónica y Teinver* han reconocido la importancia que tienen los requisitos previos al arbitraje en el consentimiento. Sin embargo, con la ayuda de la cláusula NMF los tribunales arbitrales han optado por dejar que se apliquen las disposiciones sobre solución de conflictos de otro tratado que no exigían los 18 meses en cortes nacionales.

4.2 Análisis sobre la posible vulneración del consentimiento del Estado sobre el requisito de completar un periodo de litigio en cortes locales

Existen ciertos acuerdos recíprocos de protección de inversiones que establecen ciertos pasos previos antes de someter la disputa a arbitraje internacional, estas cláusulas se han denominado como "cláusulas escalonadas". Un requisito que contienen generalmente las cláusulas de resolución de disputas de un TBI es el litigio en cortes locales por un lapso de tiempo específico[114]. Así, el requisito de esperar un período de tiempo o buscar solucionar la

113. Traducción libre. *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina,* N. 4, párrafo 160.
114. C. Schreuer, "Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law", en A. W. Rovine (Ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers,* Vol. 4, Brill | Nijhoff, 2010, p. 74, https://bit.ly/2H71Sna (07/03/2018).

controversia de forma amistosa se define como "cooling off period clauses"[115].

Los requisitos previos al arbitraje, en principio, tienen como propósito evitar procesos legales que dilaten la disputa y que ocasionen que el conflicto escale. El objetivo de estas condiciones es que las partes resuelvan la controversia evitando la demora y los costos de procesos arbitrales reales[116]. Las cláusulas escalonadas traen como consecuencia que el inversionista pueda activar la vía arbitral solamente cuando haya concluido el tiempo en cortes nacionales o cuando se obtenga una decisión judicial que no ponga fin a la controversia. A pesar de ello, la utilidad de este requisito es discutible.

En mi opinión, el requisito de litigio en cortes nacionales es infructífero pues no garantiza la solución definitiva de la controversia. Ello en virtud de que, este tipo de disposiciones constituyen una limitación para la parte que busca acudir a arbitraje, tanto porque se transforma en una posibilidad reducida de solucionar la controversia, cuanto porque las cortes locales no siempre van a emitir una decisión de fondo en un período de tiempo demasiado corto. Así, la controversia va a persistir si el inversionista no se encuentra satisfecho con la decisión de la justicia ordinaria del Estado. Por lo cual, los 18 meses de litigio en cortes locales en diversas ocasiones no solucionan la controversia, más bien la prolongan y causan más costos para el inversionista y para el Estado[117]. En palabras de Schreuer:

> El requisito de intentar un arreglo en los tribunales nacionales del Estado anfitrión durante un cierto período de tiempo parece una reactivación a medias de la regla de

115. G. Aravind, *Cooling Off Period (Investment Arbitration),* MPILux Working Paper 7, 2017, <https://bit.ly/31DeBWc> (15/03/2018).
116. G. Born & M. Šcekic, "Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp'", en. D. Caron *et al., Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp. 73.
117. G. Born & M. Šćekić, N. 116, p. 74.

los recursos locales. Pero no parece servir para ningún propósito útil. Los períodos de tiempo previstos para este fin suelen ser demasiado cortos para producir un resultado significativo. Esto es particularmente cierto si los tribunales nacionales del Estado anfitrión son notoriamente lentos. Al final, el inversionista se reserva el derecho de acudir al arbitraje internacional, independientemente del resultado de los procedimientos internos. Desde la perspectiva del inversionista, el intento forzado de buscar justicia a nivel nacional generalmente no será más que un ritual costoso que no tiene otra finalidad que demorar el arbitraje[118].

Para evadir este requisito, los inversionistas han buscado que se aplique a su controversia una cláusula de resolución de disputas de otro tratado celebrado por el Estado receptor que sea más favorable a través de la cláusula NMF[119]. Cuando los inversionistas han solicitado importar la cláusula de resolución de disputas de otro tratado mediante la cláusula NMF, los Estados han planteado varios argumentos para que la pretensión del inversionista sea rechazada. Entre ellos, Argentina ha manifestado que los TBIs deberían ser vistos como un "paquete" y que el inversionista solo puede beneficiarse del tratado si acepta todas las condiciones que se han incluido en este[120].

Asimismo, los Estados han argumentado mayoritariamente que la cláusula de NMF no podía extenderse al procedimiento, porque aquello vulneraría el principio *ejusdem generis* y que el trato de la cláusula NMF se refería únicamente a cuestiones económicas y sustantivas por lo que no podía extenderse a cuestiones de procedimiento[121].

118. Traducción libre.C. Schreuer, "Calvo's Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* Koninklijke Brill NV, 2005.
119. Ídem, p. 75.
120. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties.* IISD Best Practices Series, 2017, <https://bit.ly/2KS2Bcn> (07/03/2018).
121. *Emilio Agustín Maffezini c. España,* N. 9, párrafos 40-41.

Otro de los argumentos alegados por los Estados[122] ha consistido en que el requisito de los 18 meses es una "versión moderada de la regla de agotamiento de recursos internos"[123]. No obstante, los propios tribunales arbitrales han diferenciado entre el período de litigio en cortes nacionales y el de agotamiento de recursos internos. En tal sentido, los tribunales han afirmado que si se tratara de la condición de agotar recursos internos, el inversionista necesitaría una decisión de los tribunales locales para acudir a arbitraje internacional. En el caso de los 18 meses, el inversionista solo requiere cumplir el tiempo estipulado en el tratado, independientemente de si ha obtenido una decisión judicial o no[124].

Respecto al consentimiento del Estado para someterse a arbitraje, considero que este no se vería vulnerado por la aplicación de la cláusula NMF debido a que, sin importar si la demanda de arbitraje internacional se presenta en el día uno o en el mes 18, la intención del Estado sigue siendo someter la disputa a arbitraje. Por lo tanto, este período en cortes nacionales no es más que un requisito formal que solo dilata la resolución de la disputa.

Es necesario precisar que pueden existir casos en los que los meses de espera aumenten los daños del inversionista y los gastos en los que deberá incurrir el Estado para repararlos. Ello debido a que, el requisito de litigio en cortes nacionales no supone que se resuelva el conflicto, por el contrario, puede significar tanto para el inversionista como para el Estado un gasto innecesario en relación a una disputa que puede no ser resuelta en cortes nacionales, ya sea porque la neutralidad de las cortes nacionales puede estar en tela de duda o porque la complejidad del caso no permitirá que se llegue a una decisión de fondo en tan poco tiempo.

122. Véase, *Siemens A.G. c. Argentina*, N. 80.
123. Ídem, párrafo 104.
124. Ibídem.

Sobre la base de lo expuesto, considero que el requisito sujeto a este análisis solo ocasiona que la reclamación del inversionista se presente casi inmediatamente después de suscitada la controversia, el cumplimiento o la inobservancia de este requisito no altera en absoluto el desarrollo del proceso arbitral ni el consentimiento de las partes para someterse a arbitraje. Por tanto, el requisito de litigio en cortes locales debería ser un requisito *alternativo* para el inversionista. En palabras de Gary Born:

> [...] tratar los requisitos de litigios locales como presuntamente aspiracionales y exhortatorios, en lugar de presuntamente obligatorios. Solo en casos que involucren un lenguaje claro e inequívoco, un requisito de litigio local debe interpretarse como la imposición de una obligación vinculante y obligatoria[125].

Aunque son las propias partes quienes deciden cuáles serán los pasos previos al arbitraje, sería errado afirmar que en todos los casos se debe cumplir las etapas previas al arbitraje. En ciertas ocasiones se debe tratar a las cláusulas escalonadas como facultativas. El hecho de no cumplir una etapa previa al arbitraje no siempre va a significar una vulneración al consentimiento de arbitrar de una de las partes. En cada caso habrá que examinar si la omisión de alguno de los requisitos previos al arbitraje por parte del inversionista en realidad modifica el consentimiento del Estado receptor de someterse a arbitraje.

Por lo tanto, el consentimiento de arbitrar no se vería vulnerado de ninguna manera por la desatención a los 18 meses de litigio en cortes nacionales, al final del día, el Estado decidió someterse a arbitraje y si todas las demás condiciones esenciales para que proceda el arbitraje se mantienen intactas, en nada afectaría al Estado que se someta la disputa a arbitraje inmediatamente. Este criterio es compartido por Freyer y Herlihy en los siguientes términos:

125. G. Born & M. Šćekić, N. 116, p. 243.

> La aplicación de la cláusula NMF en esos casos [Maffezini, Siemens, Camuzzi, Gas Natural] en realidad no modificó el alcance acordado del TBI de la jurisdicción del tribunal ni creó un consentimiento al arbitraje que de otro modo no existía. *Afectó meramente el momento del consentimiento del estado receptor al arbitraje del CIADI y permitió que los tribunales escucharan sin demora las demandas sobre las cuales luego tendrían jurisdicción en cualquier caso*[126] (énfasis añadido).

Si bien es cierto que algunos tribunales arbitrales y algunos Estados han sostenido que la razón de ser del tiempo de litigio en cortes nacionales es brindar a los Estados la oportunidad de solucionar la disputa de manera amigable y directa con el inversionista, no podemos dejar de lado el hecho de que el Estado puede cumplir este cometido por medio de negociaciones directas con el inversionista o mediante otros métodos alternativos de solución de disputas. De esta forma, se puede asegurar que realmente las partes no se verán en la necesidad de acudir a arbitraje internacional. También se asegurará que el inversionista estará satisfecho con el acuerdo que haya negociado directamente con el Estado y es poco probable que el inversionista active la vía arbitral.

4.3 Utilización de la cláusula NMF para que se lleve a cabo el arbitraje bajo un mecanismo de solución de controversias distinto al pactado en el TBI

Generalmente, los TBIs contienen en sus cláusulas de resolución de disputas disposiciones acerca de la materia que se someterá a arbitraje y el mecanismo de solución de disputas que conducirán el arbitraje entre el inversionista y el Estado. Existen tratados que hacen referencia a un solo sistema de arbitraje, mientras otros le otorgan al inversionista la posibilidad de escoger entre arbitraje CIADI o CNUDMI.

126. Traducción libre. D. H. Freyer & D. Herlihy, "Most-Favored- Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How 'Favored' is "Most Favored", *ICSID Review,* 2005, p. 82.

Los inversionistas han ampliado la aplicación de la cláusula NMF para poder elegir un sistema arbitral que su tratado base no contemplaba. Aquello ha ocurrido en:

El caso *Plama c. Bulgaria*, el cual envolvía una disputa que se sometió a arbitraje CIADI basándose en los términos del Tratado de la Carta de la Energía y el TBI entre Chipre y Bulgaria. Si bien el TBI Chipre-Bulgaria no previó el arbitraje CIADI, los inversionistas argumentaron que Bulgaria había dado su consentimiento al arbitraje del CIADI en virtud de la cláusula NMF contenida en el tratado. Los reclamantes sostuvieron que la cláusula NMF debe interpretarse como que se extiende a mecanismos de solución de diferencias más favorables que los del TBI Bulgaria-Chipre que están contenidos en otros tratados de inversión celebrados por Bulgaria[127].

A diferencia de lo decidido por el tribunal del caso *Maffezini*, el tribunal del caso *Plama c. Bulgaria*, negó la petición del inversionista y determinó que al permitir que el inversionista extienda la cláusula NMF a la cláusula de resolución de disputas, se estaría produciendo como efecto *pick and choose*, es decir, el inversionista podría elegir las disposiciones que los tratados que más le favorezcan, lo cual produciría que los Estados receptores de una inversión se enfrenten a cláusulas de resolución de disputas transformadas[128]. En palabras del tribunal:

> Por lo tanto, una referencia puede, en sí misma, no ser suficiente; se requiere que la referencia sea tal que la cláusula de arbitraje sea parte del contrato (es decir, en este caso, el TBI Bulgaria-Chipre). Esta es otra forma de decir que la referencia debe ser tal que la intención de las partes de importar la disposición de arbitraje del otro acuerdo sea clara e inequívoca. No puede decirse que una cláusula que diga "un tratamiento que no sea menos favorable que la otorgada a las inversiones de inversionista es de terceros estados"

127. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, N. 20, párrafo 186.
128. Ídem, párrafo 223.

> en el Artículo 3 (1) del TBI entre Bulgaria y Chipre sea una incorporación típica mediante una cláusula de referencia en contratos ordinarios. Genera dudas sobre si la referencia al otro documento (en este caso, los otros TBI concluidos por Bulgaria) incluye clara e inequívocamente una referencia a las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en esos TBI[129].

En el caso *Wintershall c. Argentina*, el inversionista buscaba que se aplique el artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, debido a que el TBI Argentina-Alemania establecía que el CIADI era el único y definitivo foro de arbitraje, en tanto que el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, invocado por la actora (en lugar del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania) que disponía que: "un sistema diferente de arbitraje"; otorga a la Demandante (por ejemplo, a un inversionista estadounidense en Argentina) la opción de foros, a saber: el CIADI o la CNUDMI[130]. No obstante, el tribunal arbitral determinó que el artículo 10 del TBI Argentina-Alemania reflejaba que la intención expresa de los Estados contratantes era someterse a arbitraje ante el CIADI como único y definitivo foro. El tribunal también manifestó que el TBI Argentina-Estados Unidos tenía un mecanismo diferente de arbitraje. Respecto a la cláusula de resolución de disputas, el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

> [...] la Demandante no puede valerse de la cláusula de la NMF contenida en el Artículo 3 (aun asumiendo que fuera a interpretarse que se extiende al Artículo 10), puesto que lo que la Demandante quiere invocar en su Solicitud de es un sistema distinto de arbitraje conforme a un TBI diferente. Los sistemas de arbitraje de dos tratados nunca pueden ser iguales cuando, en virtud de un tratado, la diferencia ha de resolverse en última instancia únicamente por el arbitraje del CIADI (cuando ambos Estados Contratantes son partes en el Convenio del CIADI), y en virtud del otro tratado (el TBI Argentina-Estados Unidos), la diferencia ha de resolverse, a

---

129. Traducción libre. Ídem, párrafo 200.
130. *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina,* N. 4, párrafo 74.

> opción del inversionista , ya sea por el arbitraje del CIADI o por el arbitraje de la CNUDMI: este último es sin lugar a dudas "un sistema diferente de arbitraje"[131].

El tribunal arbitral del caso *Garanti Koza c. Turkmenistán* conoció la solicitud del inversionista para que se aplique a la controversia la cláusula de resolución de disputas del TBI Turkmenistán- Suiza, según el cual, el inversionista una vez que hubiere agotado los 6 meses de negociaciones directas podía elegir someterse a arbitraje CIADI o arbitraje CNUMDI[132]. Empero, el inversionista basaba su reclamación entre el TBI Turkmenistán-Reino Unido que restringía el arbitraje a las reglas CNUDMI. Al resolver, el tribunal afirmó:

> El Tribunal considera que la situación del presente caso se asemeja más al caso *Plama c. Bulgaria*, en el que el Demandante había argumentado que la cláusula de la NMF del Artículo 3 de ese APPRI debía de interpretarse de forma que permitiese que el Demandante primero evitara dos pasos preliminares acordados para la resolución de controversias, para luego reemplazar el mecanismo arbitral acordado (arbitraje ad hoc bajo las reglas de arbitraje del CNUDMI) mediante un arbitraje ante el CIADI. El Tribunal se negó a permitir el uso de la cláusula de la NMF para importar un mecanismo de resolución de controversias completamente nuevo en lugar de un "tribunal de arbitraje internacional 'ad hoc'". Al hacer esto, podría decirse que el tribunal del caso *Plama* en realidad tomó en cuenta las advertencias contenidas en párrafo 63 del laudo en *Maffezini*[133].

Todos los casos nombrados tienen como elemento en común una cláusula de resolución de disputas que prevé un solo mecanismo de arbitraje y un tratado "más favorable" que le da al inversionista la opción de elegir entre un arbitraje bajo reglas CNUDMI o un arbitraje CIADI. Cuando el Estado consiente someterse a arbitraje CIADI o arbitraje bajo reglas

131. Ídem, párrafo 176.
132. *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán,* N. 22, párrafo 76.
133. *Tza Yap Schum c. Perú,* N. 31, párrafo 220.

CNUDMI, el consentimiento solo se cumple si se han llevado a cabo todas las condiciones pactadas en el TBI[134].

En el caso *Venezuela US c. Venezuela,* el artículo 8(4) del TBI Venezuela- Barbados disponía que cada parte contratante brindaba su consentimiento incondicional para el sometimiento a arbitraje. Según el tribunal, Venezuela había dado un solo consentimiento al arbitraje internacional, no un consentimiento para el CIADI, otro para el mecanismo complementario para el CIADI y, un tercero para el arbitraje CNUDMI. Por lo tanto, el retiro de Venezuela del CIADI significaba que los inversionistas barbadenses no podían iniciar procedimientos arbitrales ante el CIADI. No obstante, el consentimiento de Venezuela de someterse a arbitraje no ha sido retirado[135]. Aplicando la cláusula NMF, el tribunal sostuvo que si en un TBI suscrito entre Venezuela y un tercer Estado hay una condición temporal para el arbitraje bajo el reglamento CNUDMI que sea menos estricta, se podían aplicar las condiciones más favorables. Así, el tribunal se basó en el TBI Venezuela- Ecuador, que contenía una cláusula de resolución de disputas casi idéntica al TBI Venezuela-Barbados y concluyó:

(i) El TBI preveía el recurso de arbitraje CIADI aun cuando solo Ecuador era parte del CIADI.

(ii) El TBI Ecuador-Venezuela disponía que hasta que cada Parte contratante del tratado se adhiera al CIADI, la controversia debía resolverse bajo el Reglamento Complementario del CIADI.

El segundo inciso del artículo IX otorgaba al inversionista el derecho de someter una controversia a un tribunal ad hoc en virtud del Reglamento CNUDMI, no sólo cuando por cualquier motivo no estuviere disponible el Mecanismo

---

134. A. Goel, *Application of MFN clauses to Dispute Settlement Provitions in BITS and its Consequences for Investor State Arbitration,* The George Washington University Law School, 2013, p. 19, <https://bit.ly/31HY1EH> (15/03/2018).

135. *Venezuela US, S.R.L. (Barbados) c. Venezuela,* N. 19, párrafo 112.

Complementario, sino cuando por cualquier motivo no estuviere disponible el propio CIADI. Aquello constituía una diferencia importante en comparación con el TBI Barbados-Venezuela[136]. Finalmente, el tribunal resolvió:

> [Venezuela] al haber dado su consentimiento al arbitraje internacional, debe aceptar que los inversionistas de Barbados deban tener acceso al arbitraje CNUDMI, que está enumerado en el Artículo 8(2) del TBI, en condiciones que no sean menos favorables que las condiciones bajo las cuales los inversionistas ecuatorianos tienen tal acceso al arbitraje CNUDMI de conformidad con el Artículo IX del TBI Ecuador-Venezuela.

4.4 Análisis sobre la vulneración al consentimiento del Estado en la modificación del mecanismo de solución de disputas

A diferencia de lo que ocurre en los casos en los que el inversionista no sigue los requisitos previos al arbitraje, en los que lo único que se altera es el momento en el que se solucionará la disputa, en los supuestos de aplicación de la cláusula NMF para cambiar las reglas del arbitraje, las condiciones que los Estados parte del acuerdo recíproco de protección de inversiones pactaron cambian sustancialmente. Para entender de manera más clara por qué el consentimiento del Estado receptor de una inversión se vería vulnerado por este uso de la cláusula NMF, resulta ineludible analizar las diferencias más importantes de un arbitraje CIADI o de un arbitraje bajo reglas CNUDMI.

En primer lugar, el Convenio CIADI establece que los árbitros no podrán ser de la nacionalidad de ninguno de los Estados parte del TBI[137]. Este requisito no se encuentra contemplado en el reglamento de arbitraje CNUDMI.

136. Ibídem.
137. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) (1965), Art. 39.

Adicionalmente, el Convenio CIADI impone un test de nacionalidad para determinar la jurisdicción del centro[138], test que no se encuentra previsto en el sistema CNUDMI.

En segundo lugar, según el Convenio CIADI el tribunal arbitral debe decidir la disputa de conformidad con las normas de derecho que hayan sido estipuladas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal decidirá con base en la legislación del Estado parte de la controversia, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado o de Derecho Internacional Público que sean pertinentes[139]. Bajo las reglas CNUDMI el tribunal arbitral deberá resolver la controversia aplicando las normas de derecho aplicables al fondo del litigio, si las partes no han acordado una ley aplicable, el tribunal puede aplicar la ley que estime adecuada[140].

En tercer lugar, el Convenio CIADI otorga a los árbitros la facultad de solicitar a las partes medios de prueba o a su vez, podrá trasladarse al lugar en el que se originó la diferencia y practicar las diligencias de prueba que resulten necesarias[141]. El reglamento CNUDMI también faculta a los árbitros a pedir pruebas y documentos a las partes[142]. Sin embargo, no se menciona si quiera la posibilidad de que los árbitros se trasladen de un lugar a otro para realizar diligencias probatorias.

En cuarto lugar, las consecuencias sobre rebeldía son distintas en el Convenio CIADI y en las reglas CNUDMI. El Convenio CIADI permite a los árbitros conceder un período de gracia[143] a la parte que no compareció al proceso o que no ejerció sus derechos[144]. Bajo las reglas CNUDMI, cuando una

138. Ibídem.
139. Ídem, Art. 42.
140. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI) (2010), Art. 35.
141. Convenio CIADI, N. 137, Art. 43.
142. Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, N. 140, Art. 27.
143. El período de gracia no procede cuando el tribunal esté convencido de que la parte no intenciones de hacerlo.
144. Convenio CIADI, N. 137, Art. 45.

parte que haya sido debidamente convocada no comparece y no ejerce sus derechos dentro de los plazos previstos, el tribunal arbitral puede dictar el laudo sobre la base de las pruebas con las que disponga[145].

En quinto lugar, el Convenio CIADI permite que una de las partes solicite la revisión[146] del laudo dentro de los 90 días desde el descubrimiento del hecho o hasta 3 años después de la fecha en la que se dictó el laudo[147]. El reglamento CNUDMI no incluye la posibilidad de revisión del laudo.

En sexto lugar, el Convenio CIADI y las reglas CNUDMI establecen un mecanismo diferente para calcular y determinar qué parte debe hacerse cargo de las costas del proceso. En tal sentido, el Convenio CIADI dispone que los gastos del arbitraje serán distribuidos por el tribunal arbitral y formará parte del laudo[148].

En séptimo lugar, respecto al lugar en que se llevará a cabo el arbitraje, el CIADI dispone que será la sede del Centro y permite que por el acuerdo de las partes se lleve a cabo en las instalaciones de la Corte Permanente de Arbitraje o en otro lugar si se cuenta con la aprobación del tribunal o comisión, previa consulta con el Secretario General. El reglamento de arbitraje CNUDMI no contiene una indicación del lugar del arbitraje, sino que el lugar debe ser pactado por las partes y en ausencia de tal acuerdo será el tribunal quien señale el lugar del arbitraje[149].

En octavo lugar, otra distinción relevante entre el CIADI y las reglas CNUDMI son los casos en los que procede la anulación del laudo. El artículo 43 de la Ley Modelo CNUDMI establece que sólo se puede anular el laudo en los siguientes casos:

---

145. Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, N. 140, Art. 30.
146. Para que se realice la revisión quien lo solicite debe basarse en el descubrimiento de algún hecho que pueda influir decisivamente en el laudo cuando el tribunal no haya tenido conocimiento de este hecho y, el desconocimiento no puede ser atribuible a su negligencia.
147. Convenio CIADI, N. 137, Art. 51.
148. Ídem, Art. 62.
149. Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, N. 140, Art. 18.

a) La parte que interpone la petición pruebe:

- **i.** que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
- **ii.** que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- **iii.** que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
- **iv.** que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) El tribunal compruebe:

- **i.** que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- **ii.** que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

Por su parte, bajo el Convenio CIADI el laudo puede ser anulado cuando se haya incurrido en cualquiera de las siguientes causales[150]:

150. Convenio CIADI, N. 137, Art. 52.

(a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;

(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;

(c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;

(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o

(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

La diferencia más importante y significativa entre el CIADI y las reglas CNUDMI es el procedimiento de anulación del laudo. El Convenio CIADI prescribe que para la anulación del laudo se debe conformar una comisión ad hoc integrada por tres personas de la lista de árbitros[151]. La comisión puede suspender la ejecución del laudo y en caso de que el laudo sea anulado, la disputa será sometida a un nuevo tribunal arbitral[152].

Las reglas CNUDMI por el contrario, sugieren que el recurso de anulación se deberá realizar de conformidad con las causales y el procedimiento del Estado sede del arbitraje[153]. A manera ejemplificativa, resulta conveniente mencionar algunos casos en los que se ha discutido la extensión de la cláusula NMF a cuestiones procedimentales y, en los que se ha intentado anular el laudo y, los resultados que se obtuvieron en cada anulación.

Los casos *Suez Vivendi c. Argentina, Impregilo c. Argentina y Daimler c. Argentina* se llevaron a cabo en el CIADI y su anulación se propuso de acuerdo a las causales previstas en el Convenio CIADI, los resultados fueron los siguientes:

---

151. Los miembros de la comisión de anulación no pueden haber sido parte del tribunal que decidió la disputa y tampoco pueden tener nacionalidad de ninguna de los Estados parte de la controversia.
152. Convenio CIADI, N. 137, Art. 52.
153. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1985), Art. 34.

El comité de anulación del caso *Suez Vivendi* manifestó:

> En relación con la presunta extralimitación de facultades, el Tribunal no desestimó simplemente la condición del consentimiento establecida en el Artículo X (3) del TBI Argentina-España, como parece sugerir la Demandada, sino que proporcionó razones detalladas sobre por qué consideró que AGBAR podía invocar la cláusula NMF para sortear dicha condición. En este sentido, el Comité coincide con el comité de Impregilo c. Argentina, que determinó que, puesto que la aplicación de una cláusula NMF a disposiciones de resolución de controversias es una cuestión compleja y controvertida, "[n]i la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales, ni la negativa a aplicarla para arrogarse competencia pueden ser consideradas, por sí mismas, una extralimitación manifiesta de facultades". Según lo establecido además por el comité de Impregilo, no corresponde al Comité, en virtud del Artículo 52 del Convenio del CIADI, hacer un análisis nuevo y detallado de los argumentos presentados por las Partes en la etapa jurisdiccional. El comité de Daimler c. Argentina declaró que "cuando es posible más de una interpretación, el laudo no puede ser anulado sobre la base de que hubo una extralimitación de facultades, mucho menos una extralimitación manifiesta de facultades". El Comité coincide con dicha declaración, excepto quizás en circunstancias extremas, de las que no hay indicio en este caso[154].

En el caso *Daimler c. Argentina* el Comité de Anulación resolvió que el tribunal arbitral que resolvió la disputa decidió que los Estados soberanos son libres de consensuar las disposiciones de tratados que elijan con la condición de que estas disposiciones no sean inútiles, por lo cual, el comité determinó que no se habían tomado decisiones contradictorias respecto a la aplicación NMF[155].

En el caso *Impregilo c. Argentina*, el Comité de anulación decidió:

---

154. *Suez et al. c. Argentina,* N. 16, párrafo 233.
155. *Daimler Financial Services AG c. Argentina*, N. 6, párrafo 129.

> [...] el tema de si la CNMF en el TBI Argentina-Italia tiene efectos jurisdiccionales en las circunstancias de este caso que le permitieron a Impregilo acudir al TBI Argentina-EEUU., que no le exige el recurso a los tribunales locales antes de acudir a la jurisdicción del CIADI, es una cuestión compleja, objeto de debate, con opiniones opuestas que fueron discutidas por la mayoría y el árbitro disidente. Ni la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales, ni la negativa a aplicarla para arrogarse competencia pueden ser consideradas, por sí mismas, una extralimitación manifiesta de facultades. Se le solicita al Comité que analice en detalle y *de Novo* las cuestiones complejas concernientes al debate sobre la jurisdicción en este caso con el fin de respaldar el análisis del árbitro disidente, que considere que dicho análisis debe prevalecer y que concluya que la mayoría se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Esta no es la tarea del Comité. El análisis que se requiere para arribar a una conclusión distinta a la de la mayoría implicaría un nuevo y complejo análisis de las cuestiones del caso, análisis que excede la responsabilidad de este Comité́ en virtud del artículo 52[156].

Uno de los casos que se llevó a cabo bajo las reglas CNUDMI y en el que se pidió la nulidad del laudo arbitral emitido por la Corte Permanente de Arbitraje fue el caso *Sanum c. Laos*. La acción de nulidad se presentó ante la Corte de Apelaciones de Singapur, la cual aceptó y declaró la nulidad del laudo por la aplicación de la cláusula NMF en los siguientes términos:

> Sanum sostiene que si la presentación del Gobierno de Laos es correcta y si un inversionista debe acudir primero a un tribunal nacional competente para determinar si se ha producido una expropiación inadmisible (sobre la base de la interpretación restrictiva del Art. 8 (3)), lo haría Es muy probable que se sienta premeditado luego de someter cualquier disputa, sobre el monto de la indemnización que reclama, a un arbitraje, ya que el tribunal nacional ya habría determinado la cuestión de la compensación. Esto haría que el Art. 8 (3) sea completamente ineficaz ya que, en términos

156. *Impregilo S.p.A c. Argentina*, N. 7, párrafo 140.

> prácticos, los inversionistas nunca podrían traer una disputa para el arbitraje inversionista-estado bajo el TBI PRC-Laos. Esta fue la misma opinión adoptada por el Tribunal (en [333] del Laudo), que encontró que la Interpretación Estrecha ofendería el principio de effect utile (que es el principio de interpretación efectiva). Esto requiere que los acuerdos internacionales se interpreten "para darles su peso y efecto más completos en consonancia con el sentido normal de las palabras y con otras partes del texto y de tal manera que se pueda atribuir una razón y un significado a cada parte del texto "(véase la Interpretación del Tratado en la página 1). Hay otras variantes en el mismo punto. ¿Qué pasaría si Sanum (o cualquier otro inversionista) objetara la supuesta expropiación por una variedad de motivos que van desde la falta de interés público, la presencia de discriminación y la cantidad de compensación ofrecida? La perspectiva de tratar de ubicar la disputa en el foro apropiado sin perder el derecho al arbitraje parecería increíblemente difícil[157].

Como se puede notar, existen diferencias incuestionables entre el Convenio CIADI y las reglas CNUDMI. Esa es la razón por la cual los Estados parte de un tratado, al negociar y pactar una cláusula de solución de disputas, han elegido *cuidadosamente* el sistema bajo el cual tienen la intención de que se desarrolle el arbitraje. Los inversionistas al invocar la cláusula NMF para acceder a otras reglas arbitrales están alterando el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje al cambiar las condiciones del arbitraje y obviar los elementos, especificaciones y ventajas que cada sistema puede ofrecer.

Para concluir, es menester recalcar que en los casos en los que se ha planteado la posibilidad de extender la cláusula NMF a la cláusula de resolución de disputas, la jurisprudencia ha sido contradictoria. Existen casos en los que los tribunales arbitrales han interpretado el silencio acerca del alcance de la cláusula NMF como una aceptación por parte del Estado receptor de la inversión para que el inversionista se beneficie

157. Traducción libre. *Sanum Investment Limitad c. Laos*, N. 27, párrafo 129.

de la cláusula de resolución de disputas de otro tratado[158]. Por otra parte, existe otra tendencia en las que los tribunales arbitrales que han interpretado la voluntad de los Estados parte del tratado y sobre la base de las reglas de solución de controversias en el Derecho Internacional Público, han llegado a la conclusión de que las cláusulas NMF no deberían funcionar para obviar una disposición clara y delimitada de una cláusula de solución de disputas que ha sido pactada por dos Estados[159]. En palabras de Parker:

> [...] después de diez años después de la decisión de Maffezini, es seguro decir que ya no existe una "amenaza" de incertidumbre, sino que incertidumbre ya existe. De hecho, incluso Estados que piensan que se han protegido de la "invasión" de la cláusula NMF pueden estar equivocados[160].

Por lo expuesto, mal se podría afirmar de manera general que la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procedimentales viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión de someterse a arbitraje en todos o en ningún caso. De hecho, se debería realizar un análisis de acuerdo a las circunstancias de cada caso y de conformidad con la redacción de cada TBI.

En esta sección se han examinado casos en los cuales los inversionistas han omitido el cumplimiento de etapas previas al arbitraje, específicamente el requisito de litigar 18 meses en cortes nacionales. Como se ha mencionado en esta sección, la aplicación de la cláusula NMF para obviar este requisito no implica una vulneración del consentimiento del Estado para someterse a arbitraje, debido a que este requisito únicamente trae como consecuencia que el inversionista active la vía arbitral inmediatamente después

158. A. Goel, N. 134, p. 57.
159. Ídem, p. 557.
160. Traducción libre. S. L. Parker, *A BIT at a Time*: *The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties,* American University Washington College of Law: Arbitration Brief, Vol 2, p. 57.

de que se haya originado la controversia. Al mantenerse incólumes todas las demás condiciones para el arbitraje, el consentimiento para arbitrar no se vería afectado. Es diferente el caso en el que los inversionistas han querido beneficiarse de la cláusula NMF para que el arbitraje se lleve a cabo bajo mecanismos de solución de controversias distintos, ya que como se explicó, existen diferentes sustanciales entre un arbitraje bajo el CIADI y un arbitraje bajo reglas CNUDMI.

En la siguiente sección se examinarán casos en los que los inversionistas han solicitado a los tribunales la aplicación de la cláusula NMF para poder someter a arbitraje protecciones sustantivas que se encontraban excluidas de la cláusula de resolución de disputas del TBI en el que el inversionista basó su reclamación y, casos en los que los inversionistas buscaban aplicar otra definición de inversión mediante la cláusula NMF. Como se demostrará estos usos de la cláusula NMF violan el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje en la medida en que se estaría ampliando la jurisdicción del tribunal arbitral, mediante la selección de elementos más favorables de otras cláusulas de solución de disputas.

5. Uso de la cláusula NMF para expandir la jurisdicción del tribunal arbitral en cuestiones sustantivas

A lo largo de este capítulo se detallarán casos en los que los inversionistas han pretendido que se aplique la cláusula NMF para someter a arbitraje protecciones que no estaban previstas en la cláusula de resolución de disputas del tratado base **[5.1]**. Además, se analizará si este uso de la cláusula NMF modifica o no el consentimiento del Estado para someterse a arbitraje **[5.2].**

5.1 Utilización de la cláusula NMF para arbitrar cuestiones no contenidas en la cláusula de resolución de disputas

Existen TBIs que permiten el arbitraje internacional únicamente respecto a una protección específica, ya sea respecto a la expropiación, al monto de compensación por expropiación, a trato justo y equitativo, entre otros. Los inversionistas han hecho uso de la cláusula NMF para expandir la jurisdicción de los tribunales y arbitrar protecciones que se entiende estaban manifiestamente excluidas de la cláusula de resolución de disputas del tratado base. En los casos que se detallarán a continuación, los inversionistas han pretendido, sin ningún éxito, aplicar la cláusula NMF con el propósito mencionado:

En el caso *Salini c. Jordania*, el demandante presentó su reclamación sobre la base del TBI Jordania-Italia, pero el inversionista buscaba a su vez que el tribunal arbitral se pronuncie sobre el contrato celebrado entre el inversionista con el Estado. El tribunal afirmó que, a diferencia de otros tratados, la redacción del artículo 3 del TBI- Italia-Jordania, no incluía la terminología "all rights or all matters covered by the agreement". Al contrario, según el tribunal la intención de las partes era excluir de la jurisdicción del CIADI cualquier disputa de carácter contractual entre el inversionista y el Estado. Por esas razones, el tribunal concluyó que la disputa debía ser resuelta por el mecanismo de solución de disputas previsto en el contrato de inversión[161].

En el caso Telenor c. Hungría, el inversionista presentó su reclamación sobre la base del TBI Hungría-Noruega, el cual permitía que se lleve a arbitraje únicamente las disputas relacionadas con expropiación. El inversionista invocó la cláusula NMF para que se aplique a su arbitraje la cláusula de resolución de disputas de otros TBIs que permitían arbitrar

161. *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Jordania*, N. 23, párrafo 119.

las controversias relacionadas con el trato justo y equitativo. Al respecto, el tribunal arbitral aseveró que existían cuatro razones por las cuales, el uso de la cláusula NMF no debía extender la jurisdicción del tribunal a categorías de disputas no establecidas en TBI:

(i) En primer lugar, el artículo 31 de la Convención de Viena prescribía que la interpretación de los tratados debía realizarse de buena fe, en concordancia con el uso ordinario de los términos del tratado y de acuerdo al contexto, el objeto y los propósitos del tratado. El tribunal sostuvo que una cosa era estipular que un inversionista podía beneficiarse del tratamiento de nación más favorecida, otra cosa era utilizar la cláusula NMF para traspasar una limitación contenida en el propio TBI, cuando las partes no habían demostrado ni siquiera mediante la redacción que su intención era extender la aplicación de la cláusula NMF[162].

(ii) En segundo lugar, refiriéndose al caso *Plama c. Bulgaria*, el tribunal decidió que el efecto de darle una interpretación amplia a la cláusula NMF exponía a los Estados a *treaty shopping* debido a que existían numerosos tratados, con diversas cláusulas de resolución de disputas, algunas de ellas lo suficientemente amplias como para cobijar disputas que en principio, no estarían contenidas en la cláusula de resolución de disputas[163].

(iii) En tercer lugar, la interpretación amplia de las cláusulas NMF generaban incertidumbre e inestabilidad, ya que una limitación incluida en el tratado podía ser alterada a través de una cláusula de resolución de disputas más extensa de un tercer tratado[164].

(iv) En cuarto lugar, la interpretación amplia de la cláusula NMF favorecía únicamente al inversionista y, en varias

162. *Telenor Mobile Communications A.S. S.p.A. c. Hungría,* N. 24, párrafo 92.
163. Telenor Mobile Communications A.S. S.p.A. c. Hungría, N. 24, párrafo 92.
164. Ídem, párrafo 94.

ocasiones no se realizaba una interpretación conforme a la voluntad de las partes. En los casos en los que los Estados incluían limitaciones al arbitraje en las cláusulas de resolución de disputas, aquellas limitaciones no debían ser transgredidas por un criterio amplio de interpretación.

El tribunal después de analizar otros TBIs celebrados entre Hungría y otros Estados determinó que, de esos 15 tratados, el único tratado que contenía las frases "todas las disputas" o "cualquier disputa" era el TBI celebrado entre Hungría y Noruega. De hecho, los demás tratados suscritos por Noruega contenían especificaciones sobre cuándo una disputa podía ser sometida a arbitraje ante el CIADI. El tribunal determinó que no se podía usar la cláusula NMF para extender la jurisdicción del tribunal, por lo tanto, el inversionista no podía beneficiarse de la cláusula NMF para someter arbitraje disputas que no sean por temas de expropiación.

En el caso *Sanum c. Laos*, el inversionista solicitó que a través de la aplicación de la cláusula NMF se importe la cláusula de resolución de disputas de los TBIs Laos-Alemania; Laos-Corea o Laos-Reino Unido[165]. El inversionista pretendía ampliar la jurisdicción del tribunal arbitral para que se pronuncie sobre la violación al estándar de seguridad y protecciones plenas[166]. El tribunal arbitral negó la solicitud del inversionista, en los siguientes términos:

> La cláusula NMF del Artículo 3(2) se refiere al tratamiento y protección en el Artículo 3(1). El artículo 3(1) establece un trato justo y equitativo y la protección de las inversiones y actividades asociadas con las inversiones de los inversionistas. La Demandante ha argumentado a favor de un sentido amplio del término "protección" en virtud del Artículo 3(1). [...] la posición presentada por la Demandante requiere que el Tribunal: (a) amplíe la "protección" conforme al Artículo 3(1) a todas las protecciones previstas en el Tratado; (b) ampliar el

165. *Sanum Investments Limited c. Laos,* N. 25, párrafo 170.
166. Ídem, párrafo 322.

alcance del Artículo 3(1) a lo largo del Artículo 3(2); y, (c) *ir un paso más allá y extender el alcance de esta cláusula para incluir el acceso al arbitraje con respecto a las disputas sobre el incumplimiento de todas las protecciones bajo el Tratado.* El artículo 3 (1) tiene un alcance limitado y no incluye la fórmula tradicional de protección y seguridad plenas, como reconoce la Demandante. *Además, leer en esa cláusula una disposición sobre solución de controversia que permita cubrir todas las protecciones en virtud del Tratado cuando el propio Tratado establece un acceso muy limitado al arbitraje internacional, daría lugar a una reescritura sustancial del Tratado y una extensión del consentimiento de los Estados parte al llevar al arbitraje más allá de lo que pueda suponerse que fue su intención, dado el alcance limitado de las cláusulas de protección y solución de controversias del Tratado.* Por lo tanto, el Tribunal considera que no tiene jurisdicción para las reclamaciones presentadas de conformidad con el artículo 3 (2) del Tratado (énfasis añadido)[167].

Algo similar ocurrió en el caso *Servier c. Polonia,* en el cual, la cláusula de solución de disputas del TBI Polonia-Francia permitía que se sometan a arbitraje internacional únicamente disputas sobre medidas de desinversión. Con el objetivo de expandir la jurisdicción del tribunal, el inversionista invocó la cláusula NMF para que se aplique a su controversia la cláusula de solución de disputas del TBI Polonia-Finlandia, la cual permitía que se someta a arbitraje protecciones como trato justo y equitativo, trato no discriminatorio ni arbitrario, trato nacional y protección y seguridades plenas[168]. El tribunal determinó que las disposiciones de la cláusula NMF del TBI Polonia-Francia no ampliaban la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse sobre protecciones que no se traten de desinversiones[169].

---

167. Traducción libre. Ídem, párrafos 357-358.
168. El inversionista alegó que las controversias sobre expropiación y compensación por expropiación están relacionadas con el trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas. Por lo cual, el tribunal arbitral podía pronunciarse también sobre estas protecciones. Al pronunciarse sobre su jurisdicción, el tribunal arbitral determinó que el hecho de una protección esté relacionada con otra protección del TBI, no puede crear autoridad para que el tribunal se pronuncie sobre temas que no fueron sometidos a arbitraje en el tratado.
169. *Les Laboratoires Servier et al. c. Polonia,* N. 28, párrafo 511.

En el caso *HH c Egipto*, el inversionista pretendía que por la cláusula NMF se aplique la cláusula de resolución de disputas del TBI Egipto-Alemania, en lugar de la cláusula del TBI Egipto-Estados Unidos que era una cláusula *fork in the road*[170]. El tribunal decidió que la cláusula NMF no podía ser utilizada para evitar la aplicación de la cláusula *fork in the road*[171]. Adicionalmente, el tribunal arbitral sostuvo que el TBI Egipto-Alemania entró en vigencia después de que el inversionista aceptara la oferta de arbitraje contenida en el TBI Egipto-Estados Unidos[172].

En el caso *Austrian Airlines c. Eslovaquia*, el inversionista presentó ante el tribunal arbitral una reclamación por expropiación mediante la aplicación de la cláusula NMF. Sin embargo, la cláusula de resolución de disputas del TBI Eslovaquia- Austria permitía que se someta a arbitraje exclusivamente las disputas sobre el monto de compensación por expropiación. El tribunal analizó los trabajos preparatorios del TBI para conocer la verdadera intención de los Estados contratantes del TBI y determinó que el arbitraje bajo el TBI estaba limitado a la compensación por expropiación. Por lo expuesto, el tribunal consideró que el acceso al arbitraje no estaba comprendido en el ámbito de la cláusula NMF[173].

En el caso *Berschader c. Federación Rusa*, el tratado de inversiones Belga Luxemburgo-Unión Soviética establecía que solo se podían someter a arbitraje internacional las controversias derivadas del monto de compensación por expropiación. A pesar de esto, el inversionista afirmó que se debía aplicar la cláusula NMF para beneficiarse de la cláusula

170. Las cláusulas *fork in the road* también son conocidas como cláusulas de bifurcación debido a que estas cláusulas permiten al demandante elegir someter una disputa a tribunales nacionales o a un tribunal de inversiones.
171. *H&H Enterprises Investments, Inc c. Egipto,* N. 26, párrafo 357.
172. Ídem, párrafo 358.
173. *Austrian Airlines c. Eslovaquia,* N. 27, párrafos 130-140.

de solución de controversias del TBI Rusia-Noruega o en caso de duda, la del TBI Rusia-Dinamarca[174]. El tribunal concluyó que la expresión *"all matters covered by the present Treaty"* no significaba que la cláusula NMF se extendía a todas las protecciones previstas en el tratado. Aquella expresión no demostraba la intención de las partes para que la cláusula NMF se extienda a la cláusula de resolución de disputas. El tribunal finalmente resolvió que el tratado no permitía una incorporación por referencia de la cláusula de resolución de disputas de manera clara e inequívoca[175].

En el caso *Beijing Urban Construction c. Yemen,* el demandante pretendió aplicar la cláusula NMF contenida en el TBI Yemen-China para beneficiarse de la cláusula de resolución de disputas del TBI Yemen-Reino Unido, la cual era una cláusula de resolución de disputas más amplia para no verse limitado a solo someter a arbitraje el monto de compensación por expropiación[176]. El tribunal reconoció que aplicar la cláusula NMF a temas procedimentales resultaba un tema controversial y no analizó si se podía o no extender una cláusula de solución de disputas de un TBI a otro, en lugar de hacerlo, el tribunal interpretó la cláusula NFM de acuerdo con los métodos de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena. Así, el tribunal resolvió:

> Con respecto a la cláusula NMF, sin embargo, la redacción es diferente. Las palabras "en el territorio" están contenidas en la disposición relativa al "trato otorgado a los inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio con respecto a actividades relacionadas con sus inversiones...". Estas palabras, en opinión del Tribunal, vinculan el NMF a las actividades que tienen lugar "en el territorio" asociadas geográficamente con la inversión. Esta limitación no es coherente con el hecho de que las Partes den su consentimiento al uso del trato NMF para

174. *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Rusia*, N. 29, párrafos 85-159.
175. *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina,* N. 4, párrafos 194-208.
176. *Beijing Urban Construction Group. c. Yemen*, N. 33, párrafo 111.

> ampliar el alcance del arbitraje internacional más allá de lo dispuesto en el artículo 10[177].

En el caso *Renta 4 c. Rusia*, la reclamación del inversionista se basaba en el TBI España-Unión Soviética, el cual permitía someter a arbitraje cuestiones acerca de la compensación por expropiación. Con el propósito de expandir la jurisdicción del tribunal arbitral, el inversionista solicitó que mediante la cláusula NMF se le aplique la cláusula de resolución de disputas del TBI Rusia-Dinamarca por ser más amplia. La pretensión del inversionista fue rechazada por el tribunal, quien al analizar la cláusula NMF estableció:

> El demandante, al basarse en una cláusula NMF con respecto a un asunto jurisdiccional, en esencia le pide al tribunal que declare que tiene derecho al "trato" más favorable representado por los términos de un tercer tratado que se ocupa de la jurisdicción del tribunal eso debe ser constituido en caso de una disputa que surja bajo ese tercer tratado. [...] Y aquí se hacen obvios los problemas conceptuales que enfrenta un reclamo de un "trato" más favorable con respecto a la jurisdicción del propio tribunal constituido para resolver el reclamo[178].

El inversionista en el caso *Tza Yap Schum c. Perú* presentó una reclamación referente a expropiación. El inversionista invocó la cláusula 12 del TBI Perú- Colombia, ya que sostuvo que dicho tratado permitía que el inversionista demande ante el CIADI controversias sobre varias protecciones, así, el inversionista sostuvo que mediante la aplicación de la cláusula NMF podía no sólo demandar por temas de expropiación, sino también por violación al trato justo y equitativo. El tribunal consideró que las cláusulas de resolución de disputas y los tratados pueden variar en distinta medida y, las palabras "relativa a la compensación por expropiación" o "relativa al monto de la

---

177. Traducción libre. Ídem, párrafo 120.

178. Traducción libre. Z. Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails. Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, Oxford University Press, 2011, p. 107.

compensación por expropiación" se debía interpretar también para cuestiones inherentes a la expropiación, ello en virtud de que se debía determinar si la expropiación se realizó de conformidad con las reglas y requisitos del TBI, así como si el monto por la expropiación era el adecuado[179].

El tribunal arbitral sostuvo que por naturaleza, el objetivo de una cláusula de NMF era incrementar la protección y otorgar un status más favorable al inversionista. No obstante, el tribunal luego de analizar el artículo 31 de la Convención de Viena y el preámbulo del TBI, confirmó que la intención de las partes consistía en que el alcance de la cláusula NMF debía ser restringido y que no se podía extender la cláusula NMF a la cláusula de resolución de disputas de otro TBI[180].

Por otra parte, el único caso en el que el inversionista logró que se aplique la cláusula NMF para arbitrar cuestiones no contenidas en la cláusula de solución de disputas del TBI fue en el caso *Rosinvest c. Rusia,* en el que el inversionista inició una demanda de arbitraje internacional recurriendo a la aplicación de la cláusula NMF del TBI Unión Soviética- Reino Unido para que se aplique la cláusula arbitral del TBI Rusia-Dinamarca debido a que la cláusula de resolución de disputas del tratado base no permitía al tribunal arbitral decidir sobre la existencia o legalidad de la expropiación[181].

El tribunal aseveró que si bien es generalmente aceptado que la cláusula NMF se aplicaba a protecciones sustantivas, no había razón para suponer que no se podía aplicar a cláusulas de resolución de disputas[182]. Por esta razón, el tribunal resolvió que la cláusula NMF del TBI Unión Soviética- Reino Unido y la cláusula de resolución de disputas del TBI Rusia-Dinamarca, otorgaban al tribunal arbitral jurisdicción más allá de la

179. *Tza Yap Schum c. Perú*, N. 31, párrafo 220.
180. Ídem, párrafo 209.
181. *RosInvest Co. UK Ltda. c. Rusia,* N. 32, párrafo 176.
182. Ídem, párrafo 132.

prevista en el tratado base y que por lo tanto, la jurisdicción del tribunal se extendía a temas sobre la expropiación y su legalidad[183].

5.2 La vulneración al consentimiento a arbitrar del Estado, mediante la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones excluidas en el tratado base

En los casos en los que se ha pretendido utilizar la cláusula NMF para que el tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre la legalidad de la expropiación, únicamente el tribunal del caso *RosInvest c. Rusia* ha aceptado la aplicación de la cláusula NMF para conocer la expropiación y no solo el monto de compensación por expropiación como debió haberlo hecho. Por el contrario, en los casos *Renta 4, Beijing Constructions, Berschader, H&H, Austrian Airlines, Salini y Telenor,* los tribunales han considerado que la intención de los Estados parte de tratados que limitan al arbitraje al monto de compensación por expropiación ha sido justamente permitir que sus tribunales nacionales sean quienes analicen la legalidad de la expropiación y si ha existido o no vulneración a otras protecciones sustantivas contenidas en el tratado.

Adicionalmente, en los casos *Sanum c. Laos y Servier c. Polonia,* los inversionistas pretendían que los tribunales arbitrales expandan su jurisdicción a protecciones que no estaban previstas dentro de la cláusula de resolución de disputas del TBI base aplicando la cláusula NMF para arbitrar protecciones que sí podían someterse a arbitraje en cláusulas de solución de controversias de terceros tratados. Afortunadamente, ambos tribunales arbitrales rechazaron los argumentos de los inversionistas y no permitieron que se utilice la cláusula NMF para manufacturar el consentimiento de arbitrar del Estado.

183. Ídem, párrafo 133.

En esta sección se analizaron casos en los que los inversionistas invocaron la cláusula NMF para expandir la jurisdicción del tribunal arbitral y lograr que se pronuncie sobre violaciones a protecciones no incluidas en la cláusula de solución de controversias. No obstante, los inversionistas también han buscado utilizar la cláusula NMF para importar definiciones de un tratado a otro, esto ocurrió en los casos que se mencionarán a continuación:

En el caso *Metal-Tech c. Uzbekistán*, el inversionista pretendía que mediante la cláusula NMF contenida en el TBI Uzbekistán-Israel se aplique la definición de inversión prevista en el TBI Uzbekistán-Grecia[184]. Sin embargo, el tribunal interpretó las disposiciones del TBI y llegó a la conclusión de que la definición de inversión no tiene vida propia y por tanto, no podía aplicarse la cláusula NMF para beneficiarse de una definición distinta de inversión que la contenida en el tratado base[185].

Asimismo, en el caso *Vanessa Ventures c. Venezuela*, el inversionista solicitó al tribunal que aplique la cláusula NMF del tratado TBI Venezuela-Canadá para importar la definición de inversión del TBI Venezuela-Reino Unido[186]. El tribunal resolvió que la cláusula NMF solo podía hacerse valer para proteger las inversiones que se encuentran dentro del ámbito de protección del tratado que las contiene y que no podía ser utilizada para ampliar la categoría de inversiones.[187]

En el caso *Rafat Ali Rizvi c. Indonesia*, el inversionista buscaba que se aplique la cláusula NMF del TBI Indonesia-Reino Unido para beneficiarse de la definición de inversión de los TBIs Indonesia- Holanda, Indonesia- Suiza, Indonesia-Organización de Cooperación de Estados Islámicos, Indonesia-India, Indonesia- Holanda-Bélgica, Indonesia-Alemania,

184. *Metal-Tech Ltda. c. Uzbekistán,* N. 34, párrafo 132.
185. Ibídem.
186. *Vanessa Ventures Ltda. c. Venezuela,* N. 35, párrafo131
187. Ídem, párrafo 133.

Indonesia- Singapur[188]. El tribunal no realizó un análisis sobre la cláusula NMF debido a que consideró que la inversión debía estar protegida por el tratado base y cumplir los requisitos para que califique como tal[189].

En la mayoría de los casos mencionados, la cláusula de resolución de disputas limitaba el arbitraje a temas relacionados con el monto de indemnización por expropiación o a una protección específica. En mi opinión, la utilización de la cláusula NMF en los casos mencionados en la sección anterior violan el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje, debido a que los inversionistas están prácticamente construyendo su propia cláusula arbitral al incluir elementos que se entiende están *excluidos del arbitraje.*

Es necesario explicar que se podría hacer una distinción entre los casos en los cuales el inversionista pretende que el tribunal amplíe su jurisdicción a una protección no contenida en la cláusula de resolución de disputas del tratado base (ej. trato justo y equitativo) de los casos en que la cláusula de resolución de disputas se limita al arbitraje en temas relacionados con el monto de indemnización por expropiación. En este segundo supuesto, el inversionista buscará que el tribunal se pronuncie primero sobre la existencia y legalidad de la expropiación para luego conocer sobre la adecuada compensación. Se podría argumentar que el tribunal necesariamente deberá examinar en primer lugar la existencia de la expropiación para resolver sobre el monto de compensación adecuado. Si bien este argumento es razonable, en mi opinión se debe respetar la voluntad de los Estados que suscribieron el TBI. Si los Estados decidieron que sus cortes locales serían las únicas competentes para resolver acerca de la expropiación, el tribunal arbitral debería limitarse únicamente a determinar si el monto de la compensación fue el adecuado o no.

188. *Vanessa Ventures Ltda. c. Venezuela,* N. 35, párrafo 131.
189. Ídem, párrafo 133.

Respecto a los casos en los que se ha pretendido usar la cláusula NMF para importar la definición de inversión de otro tratado, considero que esta aplicación de la cláusula NMF también atenta contra el consentimiento del Estado para someterse a arbitraje, debido a que un inversionista o una inversión solo pueden beneficiarse de las protecciones de un TBI cuando ostenten la calidad de inversionista o cuando su inversión sea calificada y admitida dentro de la definición de inversión provista por el propio TBI. En consecuencia, cuando los inversionistas buscan que una inversión en principio no estaría protegida por el TBI reciba protecciones mediante la cláusula NMF; no solo se está violentando la voluntad del Estado de arbitrar, sino que se estaría violentando todo el TBI y las disposiciones contenidas en este.

Es primordial tomar en consideración que el arbitraje depende del consentimiento de las partes y está abierto a que los Estados contratantes de un TBI acepten el arbitraje en los términos propuestos[190]. En palabras de Douglas:

> La cláusula NMF no incorpora automáticamente los términos de un tercer tratado en el tratado básico. Asegura el trato otorgado por el estado anfitrión a los inversionistas con la nacionalidad requerida en virtud de un tercer tratado en beneficio de los inversionistas con la nacionalidad requerida en virtud del tratado básico. El tratamiento más favorable debe ser identificado y luego comparado con el tratamiento otorgado al reclamante particular. *El reclamante debe hacer valer un derecho a un trato más favorable al reclamar a través de la cláusula NMF en el tratado básico. Solo puede hacerlo instituyendo procedimientos de arbitraje y, por lo tanto, aceptando los términos de la oferta permanente de arbitraje en el tratado básico*[191] (énfasis añadido).

Si partimos del supuesto de que el consentimiento al arbitraje es uno de los requisitos primordiales para que se

190. Z. Douglas, N. 178, p. 107.
191. Traducción libre. Ibídem.

pueda llevar a cabo un arbitraje de inversión[192], es claro que únicamente en los casos en los que las partes hayan acordado someter una disputa a arbitraje, el árbitro será competente para conocer y resolver aquella disputa[193]. Generalmente, una parte no requiere del consentimiento de la otra para presentar un reclamo en la vía judicial. Sin embargo, si se trata de un caso en el que una parte busca presentar una demanda o una reclamación por la vía arbitral requiere del consentimiento de la otra parte para que esa disputa pueda someterse a arbitraje[194].

Considero que, si el inversionista pretende que mediante la cláusula NMF se pueda ampliar la jurisdicción del tribunal hasta el punto de someter a arbitraje protecciones que no estaban comprendidas en la cláusula de resolución de disputas del TBI, debería al menos existir la *intención clara e inequívoca* de las partes contratantes del TBI para darle esta aplicación a la cláusula NMF. Este criterio ha sido recogido por el tribunal del caso *ICS c. Argentina* que ha expresado:

> [...] tendría que derivar de la intención clara e inequívoca de las Partes Contratantes del TBI y por lo tanto no podría resultar de la incorporación de las disposiciones sobre resolución de diferencias de otros tratados a través de la aplicación de la cláusula de NMF. El hacerlo, de acuerdo a la Demandada, haría que los requisitos contenidos en la disposición sobre resolución de controversias del TBI no tuvieran sentido, ya que cualquier inversionista podría eludirlas[195].

Los tribunales que han utilizado la cláusula NMF para importar mecanismos de solución de disputas "más favorables", en realidad, están aplicando la cláusula NMF a las condiciones explícitas del consentimiento del Estado[196]. En tal sentido, algunos tribunales arbitrales incluso han llegado

192. I. Ataman-Figanmese, "Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion of 'Arbitration without Privity'", *Annales,* Vol. XLIII, N. 60, 2011, p. 187.
193. Ídem, p. 187.
194. Ídem, p. 188.
195. *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina,* N. 5, p. 80.
196. A. Goel, N. 134, p. 19.

a afirmar que mediante la cláusula NMF se está creando consentimiento donde no existe[197]. Dicha afirmación tiene mucho sentido en los casos en los que los inversionistas han buscado arbitrar cuestiones que no estaban contempladas en la cláusula de solución de disputas del tratado en el que basan su reclamación. No resulta lógico llegar a la conclusión de que si una protección no está comprendida dentro de la cláusula de resolución de disputas del TBI existe consentimiento de arbitrar dicha protección.

Siguiendo esta línea de argumentación, cabe mencionar que las cláusulas de solución de controversias usualmente contienen una disposición clara sobre la materia que se someterá a arbitraje[198]. Además, se debe considerar que la cláusula de resolución de disputas de un TBI debe ser interpretada en su contexto junto con las demás cláusulas del tratado y no aisladamente, por lo cual, resulta lógico concluir que solo se puede someter a arbitraje lo que el tratado indica.

De igual manera, existen tratados que permiten que se someta a arbitraje cualquier controversia que emane de las protecciones otorgadas en el tratado, mientras que otros tratados permiten que se someta a arbitraje las controversias sobre una cuestión en específico o en algunos casos los efectos de la violación a una protección, como ocurre en los TBIs en los que sólo se permite someter a arbitraje las cuestiones relacionadas con el monto de compensación por expropiación.

Cuando un TBI contiene una cláusula de resolución de controversias que hace mención específica a una o varias protecciones del tratado, se debería entender que el silencio respecto de las demás protecciones del TBI no equivale al consentimiento de los Estados de someter a arbitraje

197. *Véase, National Grid PLC c. Argentina,* N. 11, párrafo 92.
198. I. Welser & S. Molitoris, "The Scope of Arbitration Clauses or 'All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract'", en C. Klausegger et al. (Eds.), *Austrian Yearbook of International Arbitration*, MANZ'sche, 2012, p. 18, <https://bit.ly/1RtIWiz> (07/03/2018).

protecciones no incluidas en la cláusula de resolución de disputas, por tanto, bajo ningún supuesto se podría entender que una protección que no esté contenida en la cláusula de resolución de disputas permite al inversionista invocar la cláusula NMF para que aquella protección sea discutida en sede arbitral. Una interpretación en sentido contrario significaría que el tribunal arbitral está creando mediante la aplicación de la cláusula NMF el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje bajo condiciones distintas a las pactadas en el TBI.

Adicionalmente, surge otro problema derivado de la extensión de la cláusula NMF a estos casos, el cual consiste en que el inversionista podría buscar beneficiarse de las disposiciones de la cláusula de resolución de disputas de otro tratado en su totalidad o por el contrario, el inversionista podría elegir cuestiones específicas que le resulten más favorables de varios tratados.

Zachary Douglas sostiene que la dificultad de la extensión de las cláusulas NMF a cuestiones procedimentales está en encontrar un punto medio satisfactorio entre requerir la importación de un tratado completo, por un lado, y permitir que los demandantes seleccionen las disposiciones individuales, o incluso palabras o frases, fuera de contexto[199]. Este criterio ha sido compartido por la profesora Brigitte Stern, quien en su voto disidente del caso *Impregilo c. Argentina* manifestó:

> Los problemas son aún más graves, ya que parece que en la tendencia favorable al uso de la cláusula NMF para ampliar la jurisdicción, la posición no es solo importar del tratado de terceros en el tratado básico la cláusula jurisdiccional en su conjunto, sino importar solo tal o cual aspecto de una cláusula jurisdiccional que parezca más favorable, como se ha hecho en el Laudo mayoritario: en otras palabras, *puede haber una política de "escoger y elegir" en la implementación de la cláusula NMF*[200] (énfasis añadido).

199. Z. Douglas, N. 178, p. 169.
200. *Impregilo S.p.A c. República de Argentina,* Caso CIADI No. ARB/07/17, Opinión Disidente y Concurrente de la profesora Brigitte Stern, 21/06/2011, párrafo, 78.

Es trascendental recordar que el objetivo esencial de las cláusulas NMF es promover la no discriminación y la armonización. De este modo, las cláusulas NMF promueven una especie de comparación entre TBIs para garantizar que se hagan efectivos los derechos más favorables, incluyendo que existan derechos de procedimiento[201].

Un asunto fundamental que surge de la aplicación de la cláusula NMF radica en aprobar la *modificación unilateral* que realizaría el inversionista a la oferta de arbitraje que realizó el Estado receptor de la inversión en el tratado bilateral de inversiones celebrado con el Estado de su nacionalidad, oferta a la que el inversionista se debía limitar a aceptar o rechazar.

Como se mencionó en el primer capítulo, la cláusula de solución de controversias contenida en un TBI consiste en una oferta del Estado para arbitrar, consecuentemente, el inversionista que busca someterse a arbitraje debería hacerlo de acuerdo a lo establecido en la cláusula de resolución de disputas del tratado. Así, si el inversionista intenta cambiar elementos de la oferta que el Estado ha realizado, ya no estaríamos frente a una oferta, sino ante una contraoferta que el inversionista le ha realizado al Estado y, a menos que se pueda determinar que el Estado aceptó dicha contraoferta, el consentimiento para someterse a arbitraje no se ha perfeccionado y por tanto, el arbitraje no podría proceder. En este sentido, Freyer & Herlihy afirman:

> El consentimiento al arbitraje inversionista / estatal estipulado por los estados contratantes en un tratado de inversión es en realidad una oferta unilateral para arbitrar una clase de disputas potenciales con una clase de demandantes potenciales de acuerdo con las reglas establecidas en el tratado. *Cuando un inversionista reclamante inicia un procedimiento de arbitraje contra el Estado Parte contratante anfitrión invocando*

201. E. Whitsitt, "Application of Most-Favoured- Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Asseement of the Jurisprudence", *Journal of Energy & Natural Resources Law,* Vol. 27, No. 4, 2009, p. 530.

> *su consentimiento al arbitraje inversionista/estado en un tratado de inversión, se debe considerar que el inversionista demandante ha aceptado los términos de esa oferta unilateral. En ese momento, cuando el inversionista reclamante inicia un procedimiento de arbitraje, se celebra un acuerdo de arbitraje entre el Estado parte contratante y el inversionista reclamante*[202] (énfasis añadido).

Las tareas con las que se va a enfrentar el tribunal arbitral, no solo consisten en la interpretación de la cláusula NMF, sino en la interpretación de todo el tratado para establecer si las partes están protegidas por el tratado, si la disputa está protegida por el tratado en razón del tiempo y la más importante, que consiste en determinar si el tribunal arbitral tiene jurisdicción respecto a esa disputa específica[203]. En caso de cláusulas NMF amplias[204] es preciso que el tribunal aplique el principio esjudem generis, con el objetivo de determinar si las disposiciones para resolver las posibles disputas entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión pertenecen a la misma categoría a la que se refiere la cláusula NMF[205]. En este sentido, el tribunal del caso *Daimler c. Argentina* estableció:

> La cuestión no es si permitir que el Demandante importe todas o partes de la cláusula de resolución de disputas inversionista-Estado del TBI del comparador protegería y promovería mejor la inversión, ni si el Demandante preferiría poder hacerlo, sino más bien si Alemania y Argentina, al concluir el TBI, acordó proteger y promover la inversión de esa manera particular. Esta pregunta no puede responderse con referencia a opiniones externas sobre qué tipos de resolución de disputas pueden proteger mejor y promover la inversión en abstracto. Tampoco se puede responder haciendo referencia a la preferencia de un reclamante por más opciones sobre menos opciones. Sólo se puede responder haciendo referencia al alcance del consentimiento de los Estados Parte expresado en el TBI germano-argentino[206].

---

202. Traducción libre. D. H. Freyer & D. Herlihy, N. 126, p. 83.
203. Ibídem.
204. Contienen una lista no exhaustiva sobre en qué consiste el "tratamiento" más favorable.
205. S. L. Parker, N. 160, p. 49.
206. Traducción libre. *Daimler Financial Services AG c. Argentina,* N. 6, párrafo 186.

Por último, cabe mencionar que el consentimiento de un Estado a la jurisdicción de un tribunal arbitral no es una cuestión de grados. El Estado no brinda su consentimiento para someterse a arbitraje *fuertemente o débilmente;* el consentimiento se manifiesta de forma binaria: existe consentimiento o el consentimiento está ausente[207]. La decisión final siempre estará en manos del tribunal arbitral y es al tribunal a quien le corresponderá determinar si el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje bajo condiciones transformadas unilateralmente por los inversionistas en realidad existe, de lo contrario, el tribunal se limitará a fabricar dicho consentimiento.

6. Conclusiones

La cláusula NMF ha permitido a los inversionistas extranjeros beneficiarse de un trato no menos favorable que el trato otorgado a inversionistas de nacionalidad de un tercer Estado. Para que opere la cláusula NMF es necesario que exista un tratado base que contenga la cláusula NMF y que, a su vez, exista un tercer tratado que haya sido celebrado entre el Estado receptor de la inversión y cualquier otro Estado.

En principio, es indiscutible que los inversionistas pueden solicitar la aplicación de la cláusula NMF para protecciones sustantivas contenidas en el tercer tratado. No obstante, los inversionistas en numerosas ocasiones han tratado de extender la aplicación de la cláusula NMF a temas procedimentales, en algunos casos alterando el consentimiento del Estado receptor de una inversión de someterse a arbitraje.

A lo largo de este artículo se analizaron casos en los que se invocó la aplicación de la cláusula NMF. Se presentaron casos en los que se pretendía no cumplir el requisito de litigio en cortes nacionales por un período de tiempo determinado, para

207. A. Goel, N. 134, p. 21.

lo cual se analizaron los casos: *Wintershall c. Argentina; ICS c. Argentina; Daimler c. Argentina; Impregilo c. Argentina; Kilic c. Turkmenistán; Maffezini c. España; Gas Natural c. Argentina; National Grid c. Argentina; Hochtief c. Argentina; Camuzzi c. Argentina; AWG c. Argentina; Phillip Morris c. Uruguay; Suez c. Argentina; Telefónica c. Argentina; y Teinver c. Argentina.* A pesar de que no en todos los casos los tribunales aceptaron la aplicación de la cláusula NMF para obviar este requisito, se comprobó que el requisito del período de litigio en cortes nacionales no alteraba las condiciones esenciales para que proceda el arbitraje, por lo cual, deben ser considerados requisitos facultativos para las partes debido a que solo dilatan la solución de la controversia.

De igual manera, se analizó si la aplicación de la cláusula NMF para cambiar las reglas bajo las cuales se debía manejar el arbitraje constituía una violación al consentimiento del Estado. Para ello, se examinaron los casos *Plama c. Bulgaria, Wintershall c. Argentina, Garanti Koza c. Turkmenistán y Venezuela U.S. c. Venezuela,* en los cuales casi todos los tribunales determinaron que no era posible aplicar la cláusula NMF para cambiar el sistema procedimental del arbitraje. De este modo, se logró demostrar que existen diferencias sustanciales entre las disposiciones del Convenio CIADI y las reglas CNUDMI, diferencias que son esenciales para el Estado al momento de negociar y pactar una cláusula resolución de disputas en un TBI.

Finalmente, se estudiaron los casos: *Salini c. Jordania; Telenor c. Hungría; Sanum c. Laos; H&H c. Egipto; Austrian Airlines c. Eslovaquia; Berschader c. Rusia; Renta 4 c. Rusia; Tza Yap Schum c. Perú; RosInvest c.Rusia; Beijing Urban Constructions c. Yemen; Servier c. Polonia; Metal-Tech c. Uzbekistán; Vanessa Ventures c. Venezuela; y Rafat Ali Rizvi c. Indonesia,* en donde los inversionistas buscaban someter a arbitraje protecciones

que no estaban contenidas en la cláusula de solución de disputas del TBI o protecciones que no estaban contenidas en el tratado que contenía un "trato más favorable". No obstante, la mayoría de tribunales no permitió esta aplicación de la cláusula NMF. A lo largo del tercer capítulo se comprobó que esta aplicación de la cláusula NMF constituye una violación al consentimiento del Estado de someterse a arbitraje porque si una protección no se encuentra expresamente contemplada en la cláusula de solución de disputas, no se podría interpretar ese silencio como la aceptación de arbitrar cualquier disputa relacionada con cualquier protección.

Por todo lo expuesto, mal se podría afirmar de manera general que la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procedimentales viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión de someterse a arbitraje en todos o en ningún caso. De hecho, considero que se debería realizar un análisis de acuerdo a las circunstancias de cada caso y de conformidad con la redacción de cada TBI.

En definitiva, se puede asemejar al arbitraje internacional de inversiones como un destino final al que las partes buscan llegar o al que eventualmente llegarán. Si el destino es el mismo que los Estados parte del TBI negociaron y pactaron, el hecho de que un inversionista tome un atajo para llegar a ese destino más rápido, no afecta las demás condiciones esenciales por el que las partes escogieron el arbitraje y por tanto, el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje no se ve vulnerado.

Es distinto, el caso en el que los inversionistas pretenden llevar al Estado a un destino parecido o "más favorable" del que se pactó en un tratado; el destino puede ser parecido e incluso mejor desde la perspectiva del inversionista. Sin embargo, no es el destino al que los Estados acordaron llegar. Consecuentemente, en los casos en los que se pretende arbitrar

una protección no prevista en la cláusula de resolución de disputas del TBI o cuando se alteran las reglas de procedimiento, el consentimiento del Estado de someterse a arbitraje se vería transgredido.